

AVUKATLAR İNTERNETTE YERİNİ ALIYOR



www.adınızsoyadınız.av.tr

Bilgi için www.barobirlik.org.tr/avtr
Sorularınız için avtr@barobirlik.org.tr

"AV.TR" ALT ALAN ADI ALMAK İSTEYENLER İÇİN BİLGİ NOTU

1) "av.tr" Alan adını kimler alabilir:

Avukatlar, Avukatlık Büroları, Avukatlık Ortaklıklarına av.tr altında alan adı, örneğin xyz.av.tr, tahsis edilebilir. DNS yönetimine yapılan başvurular şahsi yapılabileceği gibi bunlar adına servis sağlayıcılar tarafından da yapılabilir.

2) Alan adı başvurunuzu yapmadan www.barobirlik.org.tr/avtr adresinde yer alan [av.tr] Alt Alan Adı Tahsis Kuralları ve [av.tr]Alt Alan Adı Tahsis ve Kullanım Taahhütnamesini lütfen dikkatlice okuyunuz.

3) Alt alan adları <https://www.nic.tr> adresinden online başvuru ile başlatılacak bir prosedüre göre verilmektedir. [av.tr] alt alan adı tahsisi için öncelikle <https://www.nic.tr> adresine online başvuru yapmanız gerekmektedir. Bu başvuruyu kendiniz yapabileceğiniz gibi sizin adınıza servis sağlayıcınız da yapabilir.

Şayet Başvuruyu siz yapıyorsanız:

Online başvuru prosedürünün ilk adımı olarak bir "sorumlu kodu" almanız gerekmektedir. Sorumlu kodu almak için <https://www.nic.tr> adresinden yapacağınız online başvuru sırasında çalışan bir e-posta adresiniz ve vergi numaranız gerekmektedir. Ayrıca <https://www.nic.tr> adresine yapacağınız online başvuru sırasında yardım menüsünün altında bulunan formlardan **alan adı tescil formunun** başvuru esnasında ODTÜ'ye iletildiğinden emin olunuz. Gerekirim duyabileceğiniz diğer teknik bilgiler için servis sağlayıcınıza danışabilirsiniz.

4) Online başvurudan sonra, 2 numaralı maddede belirtilen belgelerdeki kurallara göre istenen, www.barobirlik.org.tr/avtr sayfasındaki formu doldurduktan sonra çıkartacağınız taahhütnameyi, her sayfasını imzaladıktan sonra baronuzla tasdik ettirerek Türkiye Barolar Birliğine ulaştırmanız gerekmektedir.

5) Türkiye Barolar Birliği tarafından başvurunuz incelenerek onaylanması halinde bu onay DNS yönetimine bildirilecektir.

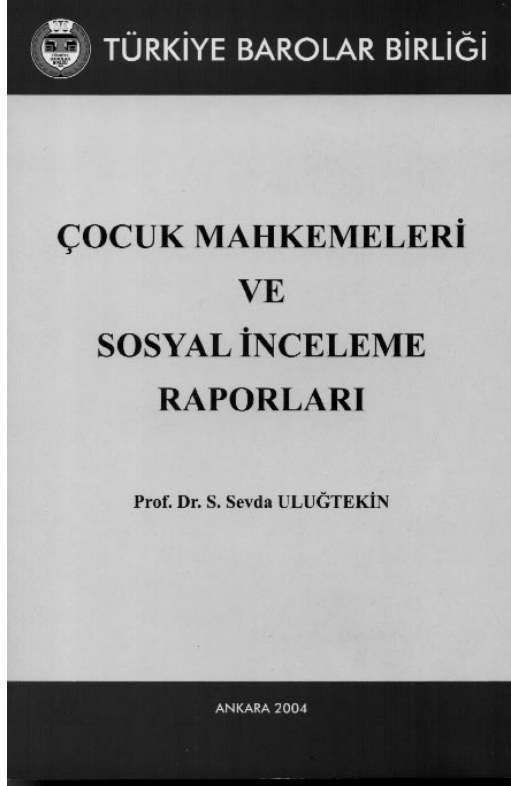
6) DNS yönetimi yapılan online başvurunun ardından Türkiye Barolar Birliğinden verilecek onay üzerine; tarafınıza, almak istediğiniz xyz.av.tr şeklindeki alan adının [yada almak istediğiniz av.tr altındaki alan adının] tahsisinin yapıldığına dair (online başvuru sırasında bildirdiğiniz adrese) bir **elektronik posta gönderecektir**. Bu elektronik postanın tarafınıza ulaşmasını takip eden 5 gün içinde size tahsis edilmiş alan adına ait ödemenin **kredi kartıyla web üzerinden** yapılması şarttır aksi takdirde tahsis edilen alan adı otomatik olarak silinecektir

7) Başvurunu yapıp talepte bulunduğunuz [av.tr] altındaki alan adınız, [yada xyz.av.tr şeklindeki alan adınız]alan adının tahsisine dair elektronik posta geldikten itibaren kullanıma hazırdır.Tahsis işlemi tamamlanan bir alt alan adıyla ilgili ödemeler dahil tüm işlemler web üzerinden yapılacaktır. Ayrıca alan adına ilişkin tüm uyarılar tarafınıza elektronik posta yoluyla iletilecektir.

8) Tarafınıza tahsis edilen alan adına ilişkin tüm kurullar **Avukatlık Kanunu, Reklam Yasağı Yönetmeliği ve Meslek Kurallarına** tabiidir. Avukatın mevzuata aykırı edimi halinde ilgili kurullar uygulanacaktır.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ YAYINLARI



ÇIKTI!..

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
2005 YAYIN KATALOĞU
YAYIMA HAZIRLANIYOR!...

**TÜRKİYE
BAROLAR BİRLİĞİ
DERGİSİ**

ISSN: 1304-2408

YIL: 18

SAYI: 56 OCAK - ŞUBAT 2005

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

© Copyright: Türkiye Barolar Birliği
Union of Turkish Bar Associations

- Türkiye Barolar Birliği'nin yayın organıdır.
- Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir, TBB'yi bağlamaz.
- İki ayda bir yayımlanır.
- Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

İLETİŞİM ADRESİ / COMMUNICATION ADDRESS

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Yayın İşleri Bürosu

Karanfil Sokağı 5/62

06650 Kızılay - Ankara

Tel: (0312) 425 30 11 - 425 36 19 - 418 05 12 - 418 13 46

Faks: 418 78 57

web: www.barobirlik.org.tr

admin@barobirlik.org.tr

yayin@barobirlik.org.tr

ABONE KOŞULLARI

Yıllık Abone Bedeli: 42.000.000 TL.

Abonelik: ABONET, Tel: (0212) 222 72 06 Faks: 222 27 10

www.abonet.net

Abone Dağıtım: Aktif Dağıtım

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık

Düş Atelyesi (0312) 215 70 37

Basım Yeri

Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50

Basım Tarihi

31.12.2004

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

Sahibi

Av. Özdemir Özok, Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Yayın Sorumlusu

Av. Şahin Mengü, TBB Genel Sekreteri

Genel Yayın Yönetmeni

Av. Teoman Ergül

Yayın Yönetmen Yardımcısı

Av. Oya Günendi

TBB Yayın Eşgüdüm Kurulu

Av. Özdemir Özok

Av. Şahin Mengü

Av. Erkin Kaya

Av. Teoman Ergül

Av. Özcan Çine

Av. Dilara Ağaoğlu Canay

Dergi Yayın Kurulu

Av. Serkan Açar

Av. İlker Hasan Duman

Av. Oya Günendi

Av. Özcan Çine

Av. Dilara Ağaoğlu Canay

Av. Olcay Küçükpehlivan

Danışma Kurulu

(Soyadı sırasıyla)

Prof. Dr. Erzan Erzurumoğlu (Çankaya Ü. Hukuk Fak.)

Prof. Dr. Haluk Günüşur (İzmir Ekonomi Ü. Uluslararası İlişkiler AB Bölüm Bşk.)

Prof. Dr. Hamit Hancı (AÜ. Tıp Fak. Adli Tıp Anabilim Dalı Bşk.)

Sabih Kanadoğlu (Em. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı)

Prof. Dr. Erdal Onar (Ankara Ü. Hukuk Fak.)

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz (Antalya Ü. Hukuk Fak. Dekanı)

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez (DEÜ Hukuk Fak.)

Av. Talay Şenol (Türk Hukuk Kurumu Önceki Bşk.)

Prof. Dr. Erdener Yurtcan

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'NE YAZI GÖNDERECEKLER İÇİN BİLGİ NOTU

- 1988 yılından bu yana çıkmakta olan dergimiz, Eylül 2002 tarihinden bu yana da “*Hakemli Dergi*” olarak yayımlanmaktadır. Bundan böyle “*Hakemli Dergi*” olarak yayımına devam edecektir.
- Dergiye gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- Yazıların uzunluğu dergi formatında 30 sayfayı (ya da 12.000 sözcüğü) geçmemelidir. Özellikle hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, “*Word for Windows*”un değişik versiyonlarında kaydedilmiş bir diskette birlikte A4 boyutunda iki nüsha bilgisayar çıktısı ile gönderilmelidir.
Bilgisayar çıktılarında 2 satır aralığı kullanılmalıdır.
Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
Yazıların ana bölümlerinde 12 punto, dipnot, özet, kaynakça, tablo gibi bölümlerinde 10 punto harf büyüklüğünün ve Times (New Roman) karakterinin kullanılması gerekmektedir.
- Gönderilen yazıların yayımlanması kabul edildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına TBB sahip olacaktır.
- Yazarlar, yanvarlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini, bir adet fotoğrafları ile birlikte göndermelidirler.
- Dergiye verilecek/gönderilecek yazılar Yayın Kurulu'nca ilk değerlendirilmesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme/hakemlere gönderilecek; hakemden/hakemlerden gelecek rapor doğrultusunda yazının “*Hakemli Yazılar*” bölümünde basılmasına, yazarından rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve durum yazara en kısa sürede bildirilecektir.
- Yazarı tarafından “*Hakemli Yazılar*” bölümünde yayımlanması istenilmeyen yazılar, Dergi Yayın Kurulu'nun kararı ile yayımlanabilecektir.
- Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak, durum yazara hemen bildirilecektir. Yazarın, Kurul'un yayımlamama kararına ve hakem raporuna itiraz hakkı vardır.
- Yazardan düzeltme istenilmesi halinde, düzeltmenin en geç bir ay içinde yapılarak yazının Yayın Kurulu'na ulaştırılması gereklidir.
- Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın disketteki biçimiyle yazının basımı için “*olur*” verdiği kabul edilecektir. Yazı teslim edildikten sonra baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmeyecektir.
Yazıda, yazım yanlışlarının olağanın üzerinde olması yazının geri çevrilmesi için yeterlidir.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi*'nin yazı dili Türkçe'dir. Ancak, İngilizce, Almanca, Fransızca ve İtalyanca yazılar da yayımlanabilir. Yazı bu dillerden hangisi ile yazılmış olursa olsun, ULAKBİM koşulları için, yazarın olanağı varsa, yazının başlığının Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi ve en az 150, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce özetlerin de yazının sonuna konulması gerekmektedir.
- TBB Dergisi*, bilimsel yazı ve makaleler yanında kitap tanıtma yazılarına, Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi kararları kritiklerine ve güncel olayları irdeleyen notlara da yer verecektir. Bu yazılar Dergi Yayın Kurulu'nun kararı ile Dergi'de yer alabilecektir.
- Yazısı kabul edilen yazarlara derginin yayımlanmasından sonra TBB YAYINLARININ HAZIRLANMASI, BASIM VE DAĞITIMI YÖNETMELİĞİ çerçevesinde telif ücreti ödenecek; ayrıca yazara üç adet Dergi gönderilecektir.

İÇİNDEKİLER

	11	Haberler
Av. Özdemir ÖZOK	25	Yeni Bir Dönem
Dr. Şule ÖZSOY	29	ABD Hukukunda Düşüncüye Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar
Dr. Beşir Fatih DOĞAN	48	Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Geri Ödeme Yasağı
Dr. Ali KARAGÜLMEZ	61	Yeni Türk Lirası'yla İlgili Kanun'un Ceza ve Ceza Yargılama Hukuku Açısından İncelenmesi
Dr. Mustafa ÖZBEK	90	İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)
Prof. Dr. Suha TANRIVER	133	Bilirkişinin Sorumluluğu
Prof. Dr. Hayrettin ÖKÇESİZ	167	Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı: "Radbruch Formülü"
Dr. Teoman OĞUZHAN	175	Alman Anayasa Mahkemesi Kararlarında Adliyenin Bir Organı Olarak Avukat
Evren ALTAY	189	Danıştay'ın İdari Görevleri ve Kararları
Dr. Bülent ÇİÇEKLİ	239	Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi
Av. Hasan ORAL	261	Avrupa Birliği'ndeki Vergi Uyum Çalışmaları ve Türkiye
Yakup ÇOŞAR	281	Kentleşen Türkiye'de Çocuk Suçluluğu
Av. Talih UYAR	328	Genel Haciz Yolu ile İlamsız Takiplerde Yetkili İcra Dairesi
Av. Serkan CENGİZ	341	14 No'lu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Getirilecek Olan Değişiklikler
	359	Yargıtay Kararları
	378	TBB Disiplin Kurulu Kararları
Av. Nilgün TORTOP/Utku KILINÇ	393	İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararı
	411	Kitaplar - Dergiler
	414	Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler
	425	Ekler

GELECEK SAYILARIMIZDA

Yayımlanacak Yazılardan Bazıları

Dr. Mustafa ÖZBEK

İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (II)

Dr. Güray ERDÖNMEZ

İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin
Amme Alacaklarının Tahsiline Etkileri

Yrd. Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları

Prof. Dr. M. Emin ARTUK - Yrd. Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Yangına, İnfilaka, Batmaya, Deniz Kazasına veya Genel Bir Tehlikeye
Taksirle Sebebiyet Verme Suçu

Güney DİNÇ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Silahların Eşitliği

Dr. Mustafa T. YÜCEL

Ateşli Silahlarla Mücadelede Teorik Yaklaşımlar

İsmail ERCAN

Kamu Yönetimi Yasa Tasarısı'nın Hukuksal Boyutu

Serkan AĞAR

Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme
veya Kullanma Suçları

Serkan AĞAR

Vergi Davalarının Hukuksal Niteliği

Arif N. ALPSOY

Uluslararası Hukuk ve Ulusal Mevzuatımız Işığında
Mağdur Çocuklara Yönelik Düzenlemeler

Kemal AKINBİNGÖL

506 ve 4857 Sayılı Yasa'larda İşyerini Bildirme Yükümlülüğü

Coşkun ONGUN

Üretimin Adı; Namı Diğer MARKA

Mustafa ALBAYRAK

Fikri ve Sınai Haklar Aleyhine İşlenen Suçların Kovuşturulması ve
Yargılama Sorunları ve Çözüm Yolları

Harika SELİÇİ

Mağdur Çocuklara Hukuki Yardım Konusunda
Baroların Yürüttükleri Çalışmalara Bir Örnek

Mehmet ALTINDAĞ

Serbest Meslek Erbabına Yapılan
Ödemelerde Katma Değer Vergisi Tevkifatı

editör'den...

Kasım ayının son hafta sonunu Manisa Barosu'nun düzenlediği yeni dönemin ilk Baro Başkanları Toplantısı ve "Ceza Yasası ve Ceza Usul Yasası" paneli vesilesiyle Manisa'da dost ve arkadaşlarımın arasında geçirdim. Yeni TCK'nın uygulamada yaratacağı, önceden bilinen ve pek çok hukukçu tarafından dile getirilen karmaşanın ulaşabileceği boyutları Prof. Dr. Timur Demirbaş'tan dinledik. Uygulama yasaasının (5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun) çıkarılmasından önce ve sonra Sivas ve Hizbullah davası sanıklarının tahliyelerinin nedenini de öğrenmiş olduk.

Manisa Barosu'nun, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*'ni üyelerine ulaştırmak planlarına katkıda bulunduk. Dergimizin geniş meslektaş grubuna ulaştırılması için barolarımızın bu tür organizasyonlar yapmaları, TBB'den uygun fiyatla alacakları dergileri ve diğer yayınlarımızı üyelerine bedelli ya da bedelsiz ulaştırmaları etkili yayın faaliyeti için şarttır.

Elimizde bulunan 56. sayı ile Dergimiz 18. yayın yılını idrak etmiş bulunmaktadır. Bu süre içinde dergimizin yayımına katkıda bulunan bütün meslektaşlarımıza teşekkürlerimizi sunmaktayım. Sürekli veya kesintili olmak üzere pek çok kişi derginin çıkarılmasına katkıda bulunuyorlar. Örneğin, 49. sayıdan bu yana Dergimizde yayımlanan Yargıtay kararlarının büyük çoğunluğu uygulayıcılara yararlı olabilecek bir anlayışla Avukat Talih Uyar tarafından seçilmektedir.

Derginin bir iddianame titizliği ile hazırlanan kolajları da Avukat Özcan Çine tarafından yapılmaktadır. Kolaj sayfası dikkatlice incelendiğinde iki aylık süre içinde cereyan eden hukuk olayları hakkında önemli ipuçları verdiği görülecektir. Dergiye katkılarından dolayı her iki arkadaşımıza da teşekkürlerimi sunuyorum.

Dergimizin 54. sayısında oluştuğunu buruk bir sevinçle müjdelediğimiz "takım", 55. sayıda Gerek-Aydın ikilisinin "Anayasa'nın 90. Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Düzen" başlıklı makalelerinin 13 ve 18 numaralı dip notlarında büyük bir "hata" yaptı. Takımın sorumlusu olarak sayın Şahnaz Gerek'ten büyük bir üzüntü ve mahcubiyet içinde özür diliyorum.

Bu sayımızdaki Hayrettin Ökçesiz'in yazısı da TBB Yayınları arasında çıkan "Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi" kitabının 35-44 sayfaları arasında yayımlanan konuşmasındaki özellikle yabancı ad ve istilahlara bağlamında yapılan fahiş yanlışlıklar dolayısıyla yayımlanmaktadır.

Uzun süreden beri üzerinde çalıştığımız *Digesta Turcica* adlı redaksiyon dili İngilizce dergimiz de baskı aşamasındadır. Her iki yayınımıza da devamlı yenilenecek, genişleyecek ve gençleşecek kadrolarla uzun ömürler dilerim.

Teoman ERGÜL

GEÇMİŞTEN
GELECEĞE

ORHAN ERİNÇ

Yargı, Hukuk ve AKP...

"Adamin biri arabesıyla gidikden tekerleği kırılınca yolda kalmış. Bakmış bir at arabası geliyor. Yaklaşınca durdurmuş ve sürücüsünü aramış...
- Bana tekerleğini versene
- Sürücü başkasıdır
- Pekli"



Türk yurttaşları ya sayısız toplama davalı olmasın ya...
"Bir önceki ması konusuna çifte standajı ve çorutunurmak yargıya davalıdır."

Yargıya güven tartışması sürüyor

Zimni şahısların yargıya

Yasama ve yürütme organları mensupları tarafından dolaylı olarak yargıya mensuplanıyor

HAKAN GÜNEŞ / İSTANBUL-ANKARA
Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya ve Danıştay Başkanı Mehmet Alan'ın milletvekillerinin dokunulmazlığına ve yargılama kararlarına ilişkin açıklamaları, gözleri Yargıtay ve Danıştay mensuplarının yargılanabilmesi konularına çevirdi. Yargıtay ve Danıştay Kanunları, kurum mensuplarının yargılanmalarını yine kurum henüz işlevine başlamıştı.

Yargıtay mensupları Yargıtay 1. Başkan Karulü'nü karar olmaksızın Danıştay mensupları ise Danıştay 1. İdarî Karulü'nü karar olmaksızın yargıya ötürüyor.

Bu ilke, bir Başkan aslında... Hem de, "hukuka göre değil", bastırılarak dolaylı... Merhum Menderes'in idam kararını veren hakim, "Sizi buraya getiren içinde böyle söyleyin" dediği, idam kararını açıkladığı... Hükmün infaz edilir, Menderes asıldı, ancak Menderes'in idam edileceğine ilişkin kararın yargılanabilmesi için, "Ufak teçhizat" kelimesi bile "hakeret" sayılıp, eleştiride bulunmaları hakkında milyonlarca hüküm tasminat davası açılarak, bir siyasi parti ve onun mensuplarına "Vampirin... Habis utri" gibi hakaret cümleleri sarfedilen Vural Savaş'ın idam kararının dokunulmazlığı...
Ve ayrıca yargı mensuplarına dava açılabilmesi için, Yargıtay ve Danıştay'ın açması gerekiyor... Oysa, bu onun, simdiyle kadınlar ile milletvekilleri hakkında yargılanabiliyor.

MUSTAFA BUDİMİNİN SÖZLERİ

Yargıya güven tartışması devam ediyor. Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa Budim'in görüşleri, bir tartışmanın derinleştiğini, bu tür tartışmaların devleti oluşturan organların mesuliyetini tartışır hale geleceğini belirtiyor. "İste o, devletin sonu demektir" dedi.

Bunun ve Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa Budim'in görüşleri, bir tartışmanın derinleştiğini, bu tür tartışmaların devleti oluşturan organların mesuliyetini tartışır hale geleceğini belirtiyor. "İste o, devletin sonu demektir" dedi.

Yasanın başlangıç bölümünde şu kural da okuyalım: "Kuvvetler ayrıdır, devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmez, belli devlet yetki ve görevlerinin kullanımından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbirliği ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak anayasa ve kanunlarla bulunduğu". "Çocukluk bence, ne isterim, ne istersen yaparım" gibi bir sözün giderek ağırlık kazandığına inanıyorum.

Milletvekilleri, "Yargıya güvenmiyoruz" dedi, yargıçlar sesini yükseltti. Anayasa Mahkemesi Başkanı, "Bilerek konuşmuyorlar. Aksi takdirde bu, devletin sonu demektir" dedi

YASEMİN GÜNERİ
Milletvekilleri, yargıya güvenemediklerine gerekçesiyle dokunulmazlıkları kaldırarak Yargıtay Başkanı Mehmet Ali Şahin'in dokunulmazlığını kaldırarak, "Yargıya güven yok" açıklamasına alevlenen tartışma gündeme oturdu. Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya'nın "Bu açıklamalar mesnetsiz" "Bu açıklamalar mesnetsiz" sözleri ardından Yargıtay 1. Başkan Karulü'nün de Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa Budim'in bu sözleri sarf etmelerini bilerek konuşmadığını söyledi. Budim, sunları şöyle söyledi: "Bu ifadeleri son derece tehlikeli buluyoruz. Bu tartışmalarla devletin mesuliyeti tartışılmaktadır."

Yargı, yasanın başlangıç bölümünde şu kural da okuyalım: "Kuvvetler ayrıdır, devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmez, belli devlet yetki ve görevlerinin kullanımından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbirliği ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak anayasa ve kanunlarla bulunduğu". "Çocukluk bence, ne isterim, ne istersen yaparım" gibi bir sözün giderek ağırlık kazandığına inanıyorum.

DAR GÖRÜŞLÜ SİYASET

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Nuri Ok, yargıya güven tartışmalarında sesini yükseltti. "Devletin sonu demektir" dedi. Ok, "Ülmemizde tüm hesaplar, adaletle hesap verilmekten kaçmak için yapılmaktadır. Kirlenmemiş adam daralmasıdır."

TÜRKİYE BAROLAR BİRİĞİ
Başkanı Ozdemir Özek, "Sabeli, hakkında soruşturma açılan milletvekillerinin dokunulmazlıklarının kaldırılmasının gerekli olduğunu" söyledi. Özek, "Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa Budim'in bu sözleri sarf etmelerini bilerek konuşmadığını" söyledi. Özek, "Devletin sonu demektir" dedi.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Nuri Ok
Ok, "Ülmemizde tüm hesaplar, adaletle hesap verilmekten kaçmak için yapılmaktadır. Kirlenmemiş adam daralmasıdır." dedi. Ok, "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Nuri Ok, yargıya güven tartışmalarında sesini yükseltti. "Devletin sonu demektir" dedi. Ok, "Ülmemizde tüm hesaplar, adaletle hesap verilmekten kaçmak için yapılmaktadır. Kirlenmemiş adam daralmasıdır."

Hesap vermektan kaçıyor

ANKARA- Dokunulmazlığı kaldırılarak yargılanan milletvekillerinin yargıtay kararlarına itiraz etmelerine ilişkin yargıtay kararları, "Kirlenmemiş adam daralmasıdır" dedi. Ok, "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Nuri Ok, yargıya güven tartışmalarında sesini yükseltti. "Devletin sonu demektir" dedi. Ok, "Ülmemizde tüm hesaplar, adaletle hesap verilmekten kaçmak için yapılmaktadır. Kirlenmemiş adam daralmasıdır."

TBB panelinde "şeriat" tartışması

Türkiye Barolar Birliği'ne düzenlenen ve "Kamu Reform Tasarısı'nın tartışıldığı "Kamu Yönetimi Konulu" panelde "şeriat ve siyaset" tartışması yapıldı. Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özek, konuşmasında hükümeti eleştiren bombardımanca konuştu. Özek, AKP Genel Başkan Yardımcısı Deniz Mir Mehmet Firat'ın, "AKP'ye karşı güvensizlik var. Çifte standart uygulanıyor" sözlerine, şeriatın katıldığı diye getirecek yan verdi. Özek, Firat'a tepki olarak, "Keşke şeriatle kılınmış gibi yaşasınız. Davranışınız, Şeriat tehlikesi var mı yok mu? El etki öpülmek siyaset yapıyor. Bu tarikat kültürü içinde bu kadar yetkiyi, yerli yönetimlere veremezsiniz tehlike doğar." dedi. TBB Başkanı Özek, AKP'nin sistemli bir biçimde matbuatı, sözlü ve diyalog aradığını, siyasetine karşı, bildiğini okuduğunu söyledi.

TBB panelinde "şeriat" tartışması

AKP'ye karşı güvensizlik

AKP Genel Başkan Yardımcısı Deniz Mir Mehmet Firat, "AKP'ye karşı güvensizlik olduğunu belirtti. "AKP'nin dışındaki kişiye ailesi, aydınlar, kamuoyu, benzer söylemleri var. CHP, Yergi Yönetim Çözüm 2000 projesinde benzer söylemleri yapıyor. Arma AKP söylemleri farklı yapıyor. Neden bu çifte standart, bunu anlayabilmek çok zordur. Türkiye'nin geleceği bu tartışmalarda şekilleniyor." dedi.

AKSAM

AKP Genel Başkan Yardımcısı Deniz Mir Mehmet Firat, "AKP'ye karşı güvensizlik olduğunu belirtti. "AKP'nin dışındaki kişiye ailesi, aydınlar, kamuoyu, benzer söylemleri var. CHP, Yergi Yönetim Çözüm 2000 projesinde benzer söylemleri yapıyor. Arma AKP söylemleri farklı yapıyor. Neden bu çifte standart, bunu anlayabilmek çok zordur. Türkiye'nin geleceği bu tartışmalarda şekilleniyor." dedi.

AKSAM

AKP Genel Başkan Yardımcısı Deniz Mir Mehmet Firat, "AKP'ye karşı güvensizlik olduğunu belirtti. "AKP'nin dışındaki kişiye ailesi, aydınlar, kamuoyu, benzer söylemleri var. CHP, Yergi Yönetim Çözüm 2000 projesinde benzer söylemleri yapıyor. Arma AKP söylemleri farklı yapıyor. Neden bu çifte standart, bunu anlayabilmek çok zordur. Türkiye'nin geleceği bu tartışmalarda şekilleniyor." dedi.



Yasama ve yürütme organları mensupları tarafından dolaylı olarak yargıya mensuplanıyor

HAKAN GÜNEŞ / İSTANBUL-ANKARA

Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya ve Danıştay Başkanı Mehmet Alan'ın milletvekillerinin dokunulmazlığına ve yargılama kararlarına ilişkin açıklamaları, gözleri Yargıtay ve Danıştay mensuplarının yargılanabilmesi konularına çevirdi. Yargıtay ve Danıştay Kanunları, kurum mensuplarının yargılanmalarını yine kurum henüz işlevine başlamıştı.

MUSTAFA BUDİMİNİN SÖZLERİ

Yargıya güven tartışması devam ediyor. Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa Budim'in görüşleri, bir tartışmanın derinleştiğini, bu tür tartışmaların devleti oluşturan organların mesuliyetini tartışır hale geleceğini belirtiyor. "İste o, devletin sonu demektir" dedi.

Bunun ve Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa Budim'in görüşleri, bir tartışmanın derinleştiğini, bu tür tartışmaların devleti oluşturan organların mesuliyetini tartışır hale geleceğini belirtiyor. "İste o, devletin sonu demektir" dedi.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Nuri Ok
Ok, "Ülmemizde tüm hesaplar, adaletle hesap verilmekten kaçmak için yapılmaktadır. Kirlenmemiş adam daralmasıdır." dedi. Ok, "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Nuri Ok, yargıya güven tartışmalarında sesini yükseltti. "Devletin sonu demektir" dedi. Ok, "Ülmemizde tüm hesaplar, adaletle hesap verilmekten kaçmak için yapılmaktadır. Kirlenmemiş adam daralmasıdır."

TBB panelinde "şeriat" tartışması

AKP'ye karşı güvensizlik

AKP Genel Başkan Yardımcısı Deniz Mir Mehmet Firat, "AKP'ye karşı güvensizlik olduğunu belirtti. "AKP'nin dışındaki kişiye ailesi, aydınlar, kamuoyu, benzer söylemleri var. CHP, Yergi Yönetim Çözüm 2000 projesinde benzer söylemleri yapıyor. Arma AKP söylemleri farklı yapıyor. Neden bu çifte standart, bunu anlayabilmek çok zordur. Türkiye'nin geleceği bu tartışmalarda şekilleniyor." dedi.

ANAYASANIN 90. MADDESİ TARTIŞILDI

Türkiye Barolar Birliği tarafından Anayasa'nın 90. maddesi bağlamında "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması" konulu bir panel düzenlendi.

Panelin açış konuşmalarını TBB Başkanı Özdemir Özok, Danıştay Başkanı Ender Çetinkaya, Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa Bumin ile TBMM AB Uyum Komisyonu Başkanı Yaşar Yakış ve TBMM Anayasa Komisyonu Başkanı Burhan Kuzu yaptılar.

Ankara Adliye Sarayı Toplantı Salonu'nda gerçekleştirilen panel, politikacılar, bilim adamları ile avukat, savcı ve hakimler gibi uygulayıcılar tarafından büyük bir ilgiyle izlendi.

TBB VE TEB'İN ORTAKLAŞA DÜZENLEDİĞİ SİGORTA HUKUKU SEMPOZYUMU İLGİYLE İZLENDİ

Türkiye Barolar Birliği ile TEB Sigorta A.Ş.'nin ortaklaşa İstanbul Dedeman Oteli salonlarında gerçekleştirdiği "Türkiye'de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği" konulu sempozyum iki gün sürdü.

Uzman konuşmacıların tebliğler sunduğu "Kamunun Sigorta Hukukuna Bakışı", "Devlet Denetimi", "Özel Sigorta Sözleşmeleri Hukukunda Uygulanacak Hükümler, Sigorta Genel Şartları ve Yargısal Denetim", "Avrupa Birliği Sigorta Hukukuna Entegrasyon", "Özel Sigorta Sözleşmeleri Hukukunda Anlamları

Değişen Temel Kavramlar" ve "Özel Sigorta Sözleşmeleri Hukukunda Ele Alınması ve Çözümü Gereken Bazı Konular" başlıklı oturumlar geniş bir kesim tarafından ilgi ile izlendi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ "DEMOKRASİ VE YARGI" KONULU ULUSLARARASI BİR SEMPOZYUM DÜZENLEDİ

Türkiye Barolar Birliği uzun bir hazırlık döneminden sonra 4-7 Ocak 2005 tarihinde "Demokrasi ve Yargı" başlıklı uluslararası bir sempozyum düzenledi.

Sempozyum Ankara Sheraton Oteli salonlarında yapılacak. "Anayasal Demokrasi-Sınırlı İktidara Giden Yol", "Temsilli Demokrasinin Krizi ve Yükselen Yıldız: Yargı", "Demokrasinin Pekişmesinde Yargının Rolü:Eski ve Yeni Demokrasiler", "Yargının Demokratik Sistemlerdeki Konumu:Demokratik Bir Güç mü? Bürokratik Bir Hegemonya mı?" başlıklı toplantılarda Michel Troper, Christian Starck, Ulrich Karpen, Mithat Sancar, Klaus von Beyme, Fazıl Sağlam, Pasquale Pasquino, Mary Volcansek, Cornell Clayton, Cristoph Görisch, Renata Uitz, Radoslav Prochazka, Ferdinand J.M. Feldbrugge, Hanlar Hacıyev, Ergun Özbudun, Joel Adriantsimbazovına, Ali Ulusoy ve Fatih Selami Mahmutoğlu konuşacaklar.

TBB İLE İSTANBUL, İZMİR BAROLARI BAŞKANLARI ORTAK BASIN TOPLANTISI YAPTILAR

Son günlerde gelişen olaylar ve meslek sorunları ile ilgili olarak TBB

Başkanı Avukat Özdemir Özok ile Ankara Barosu Başkanı Vedat Ah-sen Coşar, İstanbul Barosu Başkanı Avukat Kazım Kolcuoğlu ve İzmir Barosu Başkanı Avukat Nevzat Erdemir Ankara'da ortak bir basın toplantısı düzenlediler.

Basın toplantısında ortak metin okundu, basın mensuplarının so-rularına cevap verildi. Ortak basın metninde şu konulara yer verilmişti: "Hukuk eğitimi ve hukuk fakültelerinin durumu", "avukatların mesleklerini özgürce ifa edememeleri", savcıların konumu", "Adalet Komisyonu'nda TBB temsilcilerine yapılan nezaket dışı davranışlar", ulusal yargı ağı projesi", "Başbakanlık İnsan Hakları Danışma Kurulu'na saldırılar", "İslam Özel sektörünün geliştirilmesi proje-si", Dernekler Kanunu'ndaki değişiklikler", "Irak".

DERNEKLER KANUNU DEĞİŞİKLİKLERİ

Dernekler Kanunu'nda değişiklik yapan yasa, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde yaz tatiline girmeden önce kabul edilmiş, ancak iki mad-desi Cumhurbaşkanı tarafından yeniden görüşülmesi için iade edildiğinden yasalaşmamıştı. TBMM, bu iki maddeyi de aynen kabul ettiğinden yasa *Resmi Gazete*'de ilan edilerek yürürlüğe girdi.

Değişikliklerle dernek kongrele-rinde hükümet komiseri bulunması mecburiyetine son veriliyor. Ayrıca 15 yaşını dolduran kişiler dernek kurabilecek, derneklerin siyasi par-tiler ile sendikalarla yardımlaşması ve yurt dışından yardım alabilmesi imkanı sağlanabilecektir.

Yasa değişikliğinin tam metnini *Ekler* bölümünde bulacaksınız.

CEZA MUHAKEMELERİ USULÜ KANUNU YENİLENDİ

Kasım ayı başlarında TBMM Adalet Alt Komisyonu'nda yeniden görüşülmeye başlanan Ceza Muha-kemeleri Usulü Kanunu, Türk Ceza Kanunu çalışmalarında olduğu gibi magazin kokan haberlerle basında yer aldı.

TBB, adli tatile girmeden önce, alternatif bir CMUK hazırlamış, ki-taplaştırmış ve TBMM üyeleri ile tüm ilgili yerlere göndermiştir. Alt Komis-yon, çalışmalara başlayınca TBB'den temsilci istememiş, ancak toplantılar yarıldıktan sonra temsilci gönderil-mesine dair bir yazı TBB'ye ulaşmış ve TBB, CMUK komisyonunda görev yapan iki hukukçu görevlendirerek ça-lışmalara katılmıştır.

TCK, UYGULAMA KANUNU İLE 1 NİSAN 2005 TARİHİNDEN ÖNCE AF YASASI GİBİ UYGULANMAYA BAŞLADI

Yeni TCK'nın nasıl uygulanacağı-nı içeren yasa Cumhurbaşkanı tara-fından onaylandı. *Resmi Gazete*'de yayımlanan yasa, 1 Nisan 2005'ten önce kesinleşmiş hükümler için yeni TCK'nın lehte olan hükümlerinin uygulanmasına imkan veriyor. Bu imkandan yararlanarak Sivas davası sanıklarından ve Uğur Mumcu davası ile hüküm giyen sanıklardan tahliye edilenler oldu. Bu tahliyeler basında "Affa Yasal Dayanak Geliyor", "Yeni af, hayırlara vesile olsun", "Hükümlü-ye kuşuklu erteleme" gibi başlıklarla yer aldı.

Yasa metni *Ekler* bölümünde yayımlanmaktadır.

ASGARI ÜCRET TARİFESİ YAYIMLANDI

Türkiye Barolar Birliği tarafından düzenlenen ve Adalet Bakanlığı'nca da uygun bulunan 2005 yılında uygulanacak Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi ile CMUK hizmetleri ücret tarifesi *Resmi Gazete*'de yayımlandı. Tarifeler 1 Ocak 2005 tarihinde yürürlüğe girecek.

Geçen yıl olduğu gibi, bu yıl da tarifeleri *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*'nin eki olarak okuyucularımıza sunmaktayız.

“AZINLIK RAPORU” TARTIŞMALARI

Başbakanlık İnsan Hakları Danışma Kurulu Azınlık Hakları ve Kültürel Haklar Danışma Kurulu'nun hazırladığı “*Azınlık Raporu*”, Ekim ve Kasım ayı olaylarının odağı oldu.

Raporun kamuoyuna yansımından sonra hazırlanma biçimi, yöntemi, zamanı, niteliği ve içeriği konusundaki tartışmalara başlandığı aşamada Başbakanlık İnsan Hakları Danışma Kurulu Başkanı Prof. Dr. İbrahim Ö. Kaboğlu'nun basın toplantısında yaşanan “*şiddet*”, ilginin bu yöne kaymasına neden oldu.

Saldırı şiddetle kınandı. Türkiye Barolar Birliği Başkanı Avukat Özdemir Özok, bu konuda, “*Çok çirkin, çok kaba bir saldırı. Özellikle Türkiye'nin AB müktesebatını tartıştığı, AB sürecine girme konusunda çok ciddi düzenlemeler yaptığı bir*

aşamada, kuşkusuz farklı, değişik, aykırı düşünce ve görüşler olabilir. Düşünceleri paylaşmak ayrı şey, tepki göstermek farklı bir şey. Tepkinin ortaya konuluş biçimi böyle olmamalıydı. Televizyondaki manzara Türk kamuoyunu yaralamıştır. Kaba kuvveye çağırışım yapmıştır. Tepkinin gösteriliş biçimini şiddetle kınıyoruz” dedi.

Adalet Bakanı Cemil Çiçek'in tepkisi ise, yargı ile ilgili konularda olduğu gibi, ortaya çıkan olumsuz tablo dolayısıyla karşı olduğu mevcut sistemi tümüyle suçlamak biçiminde oldu: “*Kendi içinde çelişkileri olan bir kurul. Kendi kendilerine bile saygıları olmayan insanlar. Usulleri, üslupları ve içerikleri yanlış. Türkiye'de aydın kalitesini görmek için bu konulara bakmak yeter.”*

Basın bildirisinin tam metni *Ekler* bölümünde.

BAŞBAKANLIK İNSAN HAKLARI DANIŞMA KURULU RAPORUNDA YARGI

Başbakanlık İnsan Hakları Danışma Kurulu'nun Azınlık Raporu ile aynı günlerde gündeme gelen, ancak Azınlık Raporu'nun yarattığı gürültü içerisinde üzerinde durulmayan 81 sayfalık “*İnsan Hakları 2004 Raporu*”nda yargıya özellikle işkence, kötü muamele ve aşağılayıcı muameleler gibi suçlarla ilgili olarak ciddi eleştiriler yöneltilmiştir. İşkence iddiaları karşısında Cumhuriyet savcılarının yeterli duyarlılığı göstermediği, yargılama aşamasında da sanıkları koruyan idari tutumun sürdürüldüğü vurgulanmıştır.

Raporda yargı bağımsızlığını engelleyen hükümlerin değiştirilmesi de istenmiştir.

YARGITAY BAŞKANI ÖZKAYA EMEKLİ OLDU

Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya, Aralık ayı başında emekli oldu. Özkaya, 2004 yılında Çakıcı ve MİT ile ilgili iddialar nedeniyle zor günler geçirmişti.

Özkaya, görevinden ayrılırken *“huzurla ayrılıyorum”* dedi. Kendisini uğurlayan Yargıtay üyelerine yaptığı konuşmada, *“kendisinin ve ailesinin büyük fedakarlık yaptığını”* belirtti.

Sayın Özkaya'ya yaşamında sağlık, mutluluk ve huzurlu günler dileriz.

YENİ YARGITAY BAŞKANI SEÇİLDİ

Eraslan Özkaya'nın Yargıtay Başkanlığı'ndan emekli olarak ayrılmasından sonra yapılan seçimde Yargıtay 16. Hukuk Dairesi Başkanı Osman Arslan dördüncü turda Yargıtay Başkanlığı'na seçildi.

Yeni Yargıtay Başkanı'nı TBB Başkanı ve 22 baro başkanı birlikte ziyaret edip başarılar dilediler. Yargıtay Başkanı Anıtkabir'i ziyaret ederek özel deftere *“Laik hukukun güvencesi yargıdır. Yargıtay olarak, hakkı ve adaleti gerçekleştirmek, insan hak ve özgürlüklerini daha ileriye götürmek, çağı yakalamak ve çağın ötesine geçmek için üzerimize düşen tüm görevler, akıl ve bilimin ışığında yerine getirmek azim ve kararlılığınız”* sözlerini yazdı.

Üç yıl Yargıtay Başkanlığı yapacak Arslan'a başarılar dileriz.

YARGITAY'IN İŞ YÜKÜ

Yargıtay Birinci Başkanvekili Osman Şirin, *“dünyanın en yorgun hakim ve savcılarının Türkiye'de olduğunu”* söyleyerek *“yargı ağzına bir zeytin verilip bir fıçı zeytinyağı talep edilen durumundadır ve yargı bunu başarmaktadır”* dedi.

Yargıtay'ın bir yılda yaklaşık 500 bin iş çıkardığını açıklayan Osman Şirin istinaf mahkemeleri konusunda da ilgi çekici değerlendirmeler yaptı: *“Yeni TCK ile 78 yıllık hukuk birikimi ortadan kalkacak. Deyim yerindeyse ceza yargısı alanında elimizdeki birikim %20'ye inecek. Büyük bir fırtına yaşanacak. Böyle bir süreçte yeni yasa bir biri ile irtibatlı olmayan bölge adliye mahkemelerine bırakmak, uygulama birliğini tehlikeye atmak olur. Hukuki karmaşa yaşanmaması ve uygulama birliği sağlanması için süratle yeni içtihatlar oluşturulması gerekiyor. Yeni içtihatlar oluşturulana kadar bu mahkemelerin kurulması bekletilsin.”*

CEZA MUHAKEMESİ KANUNU KABUL EDİLDİ

1929 yılında hukuk devrimi kapsamında kabul edilen Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (1412) yerine 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmek üzere Ceza Muhakemesi Kanunu TBMM'de kabul edildi.

Yasa Cumhurbaşkanı tarafından imzalanarak *Resmi Gazete*'de yayımlandı.

TBB BAŞKANI İLE BARO BAŞKANLARI CEZA MUHALEMESİ KANUNU İÇİN TBMM'DE GRUBU BULUNAN PARTİLERİ ZİYARET ETTİLER

TBB Başkanı Özdemir Özok ve 22 baro başkanı Ceza Muhakemesi Kanunu Tasarısı'nın TBMM Genel Kurulu'nda görüşülmeye başlamasından önce AKP ve CHP Meclis Grup Başkan Vekilleri'ni ziyaret ederek Tasarı hakkında acele edilmemesini istediler.

Grup Başkan Vekilleri'ne verilen bilgi notunda aşağıdaki konulara özellikle önem verildiği vurgulandı:

- CMUK konusunda geniş katılımı yapılan çalışmalar sonunda benimlenen ilkelere uygun olarak hazırlanan metinden uzaklaşmıştır.

- Adli kolluk adı altında yapılan düzenleme mevcut uygulamadan farklı bir sonuç vermeyecektir.

- Tasarı'da gizli tanık, gizli delil, iletişimin tespiti ve kayda alınması, gizli soruşturmacı, teknik araçla izleme gibi kurumlar hukuk devletinde insanların özgür yaşam sürdürmeleri imkanını ortadan kaldırmaktadır.

- Avukatların duruşma salonundan çıkarılması hükmü yasadan çıkarılmalıdır. Bu konu silahların eşitliği ilkesi doğrultusunda en temel insan haklarından olan savunma hakkını kısıtlamayacak biçimde düzenlenmeli, önlemler barolara bırakılmalıdır.

- Ayrıca postada el koyma, avukat-müvekkil yazışmalarının gizliliğini ortadan kaldıracak şekilde uygulama tehlikesini taşımaktadır.

- Tasarı'daki düzenlemeler karşısında DGM'lerin varlığını örtülü olarak sürdürdükleri dikkat çekmektedir. Savunma hakkının suçun niteliklerine göre değerlendirilip kısıtlanması, hukukun üstünlüğü ilkesine aykırılığı yanında kısıtlamanın gerçek bir ihtiyaca cevap vermediğini de göstermektedir.

ADLİ POLİS VE CUMHURİYET SAVCISININ YERİ TARTIŞMALARI

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Adalet Komisyonu'nda görüşülmesi sırasında "adli polis" kurulması konusu, Cumhuriyet savcılarının duruşma salonlarındaki konumu ile birlikte yoğun tartışmalara ve yönetim ile kolluk birimleri yanında hukukçularımızın da "hukuk devleti", "hukukun üstünlüğü" ve "adil yargılanma hakkı" anlayışlarını gösterecek olaylara neden oldu. Her iki konuda da AB kriterlerine aykırı direnç, AB'ye girme konusunda içtenliği göstermesi bakımından ilginçtir.

* Ayrı bir kanunla kurulması öngörülen "adli polis" kurulmasından İçişleri Bakanlığı'nın direnci sonucu vazgeçildi. Onun yerine Ceza Muhakemesi Kanunu'na adli polis deyimi geçirildi. Prof. Bahri Öztürk'ün deyimiyle "adli polis terimine yer verilmesi" çok şiddetli tepkilere neden oldu.

Adalet Bakanı Cemil Çiçek, Avrupa Konseyi İstişari Ziyaret Raporu'nu göz ardı ederek "adli polis kurulması AB şartı değil" dedi. Buna rağmen Adalet Bakanlığı Ceza Muhakemesi Kanunu'na adli polis kurumunu ek-

lemek istedi. Buna İçişleri Bakanlığı şiddetle karşı çıktı. Emniyet Genel Müdür Yardımcısı *"düzenlemenin yetki karmaşasına yol açacağı ve iki başlılık yaratabileceğini"* söyledi.

Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesi öğretim üyesi Doç. Dr. M. Bedri Eryılmaz gazeteci Adnan Gerger'in eline geçen bir yazısında bu konuda ilginç şeyler söylüyordu. *"Suç soruşturması açısından CMUK Tasarısı temel bir felsefe yanlışlığı üzerine kurulmuştur. Tasarı'da savcının emri olmadan, kolluk görevlilerinin tek başına kendiliğinden hiçbir yetki kullanılmasına müsaade edilmemektedir. Bu, bir ülkenin suçla mücadelesi açısından intiharıdır. -Sadece savcının emrinde ve sadece adli görev yapan polis uygulaması AB ülkelerinde tamamen terk edilmişken Türkiye'de hayata geçirme noktasındaki ısrarın arkasında yatan nedir?- Kolluk görevlilerinin bu soruya verdiği cevap oldukça nettir: Savcılar çantalarını taşıyacak adam aramaktadır."* Bu yazının yanında, polis teşkilatı adına 8 sayfalık imzasız bir bilgi notu da milletvekillerine dağıtılıyordu.

Jandarma yetkililerinin de aynı düşüncede olduğu basında yer alıyordu.

Yoğun direnç karşısında adli kolluk deyiminden önce vazgeçildi. Bunun sonucu basında *"Kolluk savşını İçişleri kazandı"* başlıkları görülmüyordu. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) Tasarısı'na yeniden eklenen adli kolluk düzenlemesi çalışmalarında, Adalet Bakanlığı'nın Alt Komisyon'a, *"korsan metin"* gönderdiği ortaya çıktı. Tasarıyla ilgili çalışmalar sürerken, 18 Kasım'da Adalet

Bakanı Cemil Çiçek, İçişleri Bakanı Abdülkadir Aksu ve Emniyet Genel Müdürü Gökhan Aydın, bir araya geldi. Çiçek, Adli kolluk uygulamasının taslakta yer almadığını söyledi, Aydın ise olduğu konusunda ısrar etti. Uygulamanın Tasarı'da yer aldığı ortaya çıkarken, aynı akşam bir araya gelen iki bakanlığın uzmanları ile emniyet, jandarma ve sahil güvenlik yetkilileri yeni bir düzenleme yapma kararı aldı. Ancak Adalet Bakanlığı yetkilileri, başka bir metni *"uzlaşılan metin bu"* diye Komisyon'a gönderdi. Meclis'e Adalet Bakanlığı'nın *"korsan metin"* gönderdiğini öğrenen Aydın, Adalet Bakanlığı'ndan yeni bir toplantı daha istedi. Dün yeniden bir araya gelen iki bakanlığın yetkilileri, konuyu yarın yapacakları toplantıda yeniden görüşme kararı aldı. (*'Adalet'ten Korsan Metin! / Milliyet/21.11.2004*)

Kasım ayı sonuna doğru Adalet Bakanı *"Herkes kendisini ayrı galakside zannederse kanun yapamayız"* diyor ve yetersiz de olsa adli kolluk deyimini yasaya girebiliyordu. Bunun yeterliliği konusunda TBB tarafından milletvekilleri için hazırlanan bilgi notunda şu değerlendirme yapılıyordu: *"Adli kolluğun düzenlenmesi ile ilgili bağımsız yasa çalışmasından vazgeçilerek adli kolluğun bu yasaya eklenmesi yasa tekniğine aykırıdır. Adli Kolluk (161-164) adı altında yapılan düzenleme mevcut uygulamadan farklı bir sonuç veremeyecektir. Gerçek anlamda adli kolluk kurumunun kurulamaması, savcının soruşturma aşamasındaki etkinliğinin artırılmaması önemli bir eksikliktir. Yasa çalışmaları sırasında, Emniyet ve Jandarma güçlerinin gerçek anlamda bir "adli kolluk" kurulmasına*

gösterdikleri direncin etkisiyle özlenen düzenlemeden vazgeçilmesi dikkat çekicidir.”

* Cumhuriyet savcılarının duruşma salonunda savunma ile eşit oturma düzeninde bulunmaları konusu da bu sefer Cumhuriyet savcıları ve Adalet Bakanı ile milletvekilleri arasında gerilime neden oldu. Bu konuda Feridun Baloğlu ve arkadaşlarının verdiği değişiklik önergesi önce kabul edildi; Adalet Bakanı'nın şiddetle karşı çıkması üzerine de reddedildi.

ADALET BAKANLIĞI'NA 10 BİN YENİ KADRO

Adalet Bakanlığı, hakim, savcı ve yardımcı personel ihtiyacını karşılamak üzere on bin yeni kadro tahsisi için yasa tasarısı hazırladı.

Başbakanlık Müsteşarlığı kadroların tahsisinin eleman izni alma anlamına gelmeyeceğini basına açıkladı.

HABER-YORUM

YARGIDA NELER OLUYOR

Yargıtay Başkanını Akladı

Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya'nın sağlık sorunları nedeniyle ayrıldığı görevine dönüşünün ardından Yargıtay Başkanlar Kurulu *“ceza ve disiplin kovuşturmasına yer olmadığına”* karar verdi. Basında yer alan haberlere göre, Kurulda *“ceza soruşturması açılmasına yer olmadığına”* oybirliğiyle, *“disiplin soruşturması açılmasına yer olmadığına”*na ise Kurul Başkanı Mater Kaban'ın muhalefet oyu dolayısıyla oy çokluğu ile karar verilmişti.

Kararın açıklanmasından sonra Özkaya, *“Hak etmediğim çirkin saldırılara maruz kaldım. Daima mesleğin etik kurallarına uygun yaşadım. Buna rağmen böyle bir kişiye haksız tecavüz yapıldığına göre hiç kimsenin mesleki hakları garanti altında değil”* dedi.

Pek çok hukukçu, yazar bu karar üzerinde durdu. Kararın içeriğinden çok, veren kurul tartışıldı. Genel kanı Yargıtay Başkanı hakkındaki kararın Yargıtay Başkanlar Kurulu dışında bir kurul tarafından verilmesi halinde daha inandırıcı olabileceği şeklindeydi.

Yargıtay Büyük Genel Kurulu Bildirisi

Yargıtay Büyük Genel Kurulu, Başkanlar Kurulu'nun *“takipsizlik”* kararından sonra, Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya'nın çağrısı üzerine toplanarak son zamanlarda yargı ve Yargıtay ile ilgili olarak yapılan yayınlardan

rahatsızlıklarını dile getiren bir bildiri yayımladılar. Bildiride “Yargıtay 1868 yılından bu güne değin, Türk hukukuna yön vermiş, hukuk düzeninin yerleşmesinde, adaletin gerçekleştirilmesinde etkin rol oynamış ve öncülük etmiştir. Böylesine önemli ve anayasal görevler üstlenen Yargıtay, bir süredir sistemli ve kararlı bir şekilde sürdürülmekte olan karalamaların hedefi haline getirilmiştir. Bu ortam Yargıtay mensuplarının çalışma azim ve şevklerini olumsuz bir şekilde etkilemektedir.(...) Yargıtay ve mahkemeler Cumhuriyeti, devleti ayakta tutan temellerden en önemlisidir. Bu temeli sağlam ve itibarlı tutmak herkesin görevidir.(...) Yine değinmek gerekir ki, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu konusunda basına yansıyan tartışmalar ve kurula ait yetkilerin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'na verilmesi biçimindeki düşüncelerin yukarıda değinilen ilkelerle bağdaştırılması da mümkün değildir.”

Dışişleri Bakanı Abdullah Gül, bildirinın siyasetçilere yönelik ifadelerini garipsediğini söyledi. Sedat Ergin de bildiriye eleştirdi: “Özkaya'nın okuduğu bildiri yargının sütten çıkmış ak kaşık olduğu düşüncesine dayanıyor.” (Hürriyet/25.10.2004)

Yargıtay Başkanı Tarafından Açılan Tazminat Davaları

Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya tarafından, İçişleri Bakanlığı aleyhine telefonlarının izinsiz dinlendiği, çeşitli basın yayın organlarına da yaptıkları yayından dolayı yirmiye yakın tazminat davası açıldı.

Kozinoğlu ile Yargıtay Başkanı'nın Koruma Müdürü Aleyhine Açılan Davalar

Adı Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya ile gündeme gelen MİT Dış İstihbarat Daire Başkan Yardımcısı Kaşif Kozinoğlu hakkında, Alaattin Çakıcı'nın yurt dışına kaçırılmasına ilişkin olarak “çeteye yardım ve yataklık” suçundan kamu davası açıldı.

Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya'nın koruma amiri Mustafa Kamalak'ın da telefon dinlemesine takılması sonucu Alaattin Çakıcı ile ilgili olarak Yargıtay'da girişimlerde bulunduğu iddiasıyla müteahhit Hakkı Süha Şen ile birlikte haklarında aynı suçlardan kamu davası açıldı.

Trilyoner Zabıt Katibesi

Bursa Adliyesi'nde görev yapan bir zabıt katibesinin banka hesabında üç trilyon lira çıktı. Adalet müfettişlerine ifade veren katibe, “benim ailem gizli zengin. Araştırılan paranın miktarı üç değil, 1.5 trilyon. Ben hayatım düzenli olsun diye Adliye'de çalışan zengin bir insanım” diye ifade verdi.

Soruşturma bu paranın bazı hakimlere ait olduğu iddiası üzerine başlatılmıştı.

12 Hakime “Neşter”

Adalet Bakanlığı, ‘Neşter 2’ operasyonunun ardından, ağırlıklı olarak Ankara ve İstanbul’da görev yapan 12 hakim ve savcı hakkında disiplin yönünden işlem yapılması istemiyle Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’na başvurdu.

Yargıya Bu Sefer Sedat Peker Gölgesi Düştü

- Sedat Peker’in dövdürdüğü iş adamına şikayetçi olmaması için Kartal Cumhuriyet Savcısı Güleçyüz’ün baskı yapıldığı iddiasıyla soruşturma başlatıldı. Savcı emekliliğini istedi.

- Eski Kartal Cumhuriyet Başsavcısı Hüseyin Boyrazoğlu’nun ise Sedat Peker’in adamı Varis Bayram ile ailecek kahvaltı yaptıkları iddiası üzerine soruşturma başlatıldı.

- Maas Madencilik’in Balıkesir’de işlettiği kömür ocağını almak isteyen Sedat Peker ve adamlarına yardımcı olduğu iddiasıyla savcı S. Ç. hakkında soruşturma başlatıldı.

Basına yansıyan haberler üzerine Adalet Bakanı Cemil Çiçek, çalışma usullerinde olmamasına karşın müfettiş atadıklarını bildirerek, “Kamuoyunun hassasiyetini anlıyorum. İddialar hiçbir şekilde tasvip edilemez. Her yazılan üzerine müfettiş görevlendirdiğimizde, bu da hakim ve savcılar üzerinde başka türlü baskı anlamına gelir, Bundan da hukuk devleti zarar görür” diye konuştu.

Sonuç: Yargıtay Başkanı ile çeşitli kademelerdeki hakimler hakkında çıkan haberler üzerine kamuoyuna açıklamalar yapıлып, kurullar toplanıp kararlar alırlarken aynı günlerde, tabanca ruhsat işlemleri dolayısıyla tanıştığı Sedat Peker’in adamından, kadın isteyen vali hakkında ne yapıldığını kamuoyu takip edemedi. Basının ve İçişleri Bakanlığı’nın da en az yargı kadar kamuoyunu bilgilendirmek görevi yok mu?

Şirketi hakkında büyük yolsuzluk iddiaları ile açılmış dava bulunan bir iş adamının başkan yardımcısı olduğu kulübün rozetini, ünlü bir oyuncunun forması ile birlikte Adalet Bakanı’na törenle armağan etmesinin, yargılamayı yapan mahkeme üzerinde hiç mi etkisi olmayacaktır?

Bu bağlamda Fatih Altaylı’nın şu satırları duygularımızı ifade ediyor: “Mafya ile devlet ilişkilerini gazetelerde okudukça ödüm patlıyor. İlişkilere, fütursuzluğa bakar mısınız? Mafya bağlantılı müteahhit, Yargıtay’ın en tepelerinden ricacı olma cüretini gösterebiliyor. Yargıtay Başkanı ‘kapıyı kapatıyor’ ama kapıyı kapatmayanlar da var. İşte Emniyet eski İstihbarat Daire Başkan Vekili. Üstelik de belediye başkan adayı. Seçim kampan-

yası için Sedat Peker'den para alıyor. Aracılığı yapan ise bir emekli albay. Düşünün, İstihbarat Daire Başkanı Vekilliği yapmış bu kişi hepimizin en mahrem sırlarına sahip ve para kaynağı mafya babası. Ya valiye ne demeli? Devletin valisi İstanbul'a geldiğinde mafya tarafından ağırlanıyor. Sedat Peker'in adamı, kadın pazarlamacısına "Vali bey aynı kadını istiyor. Çok memnun kalmış" diye sipariş veriyor. Mafya, valiye kadın ayarlıyor. Projektörlerin çevrildiği valinin savunması daha büyük rezalet: "Ben onun Sedat Peker'le bağlantısını bilmiyordum. İş adamı olarak tanıyordum." Sanki valilerin iş adamlarından kadın istemeleri 'normalmiş' gibi. Devletin en üst kademeleri bir kadın ve üç kuruşluk menfaat uğruna mafyayla yatağa giriyorlar. Ve bunların üzerine gitmeye başlandığı zaman birileri hemen 'rejim' çılgınlıkları atıyor. Sanki bu millet 'mafya rejimi'nde yaşamaktan çok memnunmuş gibi."

T. E.

CMUK AVUKATLARINDAN YAKINMA

Adalet Bakanlığı'nın açıklamalarına göre 6 milyon civarında korunmaya muhtaç çocuk bulunmaktadır. Bunlardan 1170 çocuk cezaevinde 679 çocuk ıslahevlerinde bulunmaktadır. Ayrıca çocuk hırsızlıktan, 3.682 çocuk müessir fiilden, 1742 trafik, 1700 gasptan, 1254 çocuk da ırza tasaddiden yargılanmaktadırlar. Bu çocukların yargılanmaları sırasında avukatlık hizmetlerinden yararlanmaları CMUK hükümleri gereğidir.

Özgürlüğünden Yoksun Gençlerle Dayanışma Derneği'nin cezaevlerinde bulunan çocuklarla ilgili olarak AB destekli yürüttüğü proje kapsamında sanık çocukların CMUK avukatlarından şikayetleri dile getirildi. Çocuklar, "Avukatlar mahkemelerde tahliyemizi istiyorlar. Başka bir şey söylemiyorlar" ve "4.5 aydır cezaevindeyim daha avukatın yüzünü görmedim" şeklinde şikayetlerde bulunuyorlar. (Radikal/ 27.10.2004)

AVUKATLARA SALDIRI

İstanbul'da iki yabancı marka ürünlerinin taklitlerini üreten delil toplama amacıyla mağazalara polis eşliğinde giden 4 avukat 50 kişinin saldırısına uğradı. Avukatlar Mehmet Zeki Orhan ve İlkşan Uurlu, Yeşim Eriş ve Cahit Doğdu polisleri suçlayarak "yanlarında dayak yedik" dediler.

SAĞLIK BAKANLIĞI ADLİ TIP KURUMU'NU İSTİYOR

Sağlık Bakanlığı, Adalet Bakanlığı'na bağlı olan Adli Tıp Kurumu'nun da kendisine bağlanmasını talep ediyor. Adli tıp hizmetlerinin hangi kuruluş tarafından verileceği konusunda Adalet Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığı arasında yıllardan beri devam eden bir tartışma yaşanıyor. Özellikle, "Adli, ölü muayenesi, cinsel suçlar, otopsi ve adli psikiyatri" gibi adli tıp hizmetleri ile ilgili raporların adli tıp şube müdürlükleri mi yoksa sağlık ocakları tarafından mı verileceği

konusundaki tartışmalarda orta yol bulunamıyor. Adalet Bakanlığı, adli olaylarla ilgili raporlarının tümüyle kendisine bağlı olan adli tıp şubeleri, Sağlık Bakanlığı da sağlık ocakları tarafından verilmesini istiyor. Mevcut uygulamaya göre; Adli tıp şubesi olmayan il ve ilçelerde, adli raporlar sağlık ocakları tarafından düzenleniyor. Sağlık Bakanlığı, şu anda Adalet Bakanlığı'na bağlı olan Adli Tıp Kurumu'nun da kendisine bağlanmasını talep ediyor. Sağlık Bakanlığı, adli tıp hizmetlerinin bir sağlık hizmeti olduğunu, bu nedenle sağlık kuruluşu olarak yeniden yapılandırılması gerektiğini savunuyor. 1982 yılında Adalet Bakanlığı'na bağlanan Adli Tıp Kurumu'nun işlevini yerine getiremediği, sağlık ocakları ve diğer sağlık birimlerinin adli tıp hizmetlerinin yerine getirilmesinde önemli bir görev üstlendiğini belirtiyor. Adli tıp şube müdürlüklerinin Adalet Bakanlığı bünyesinde bulunmasının, Sağlık Bakanlığı bünyesinde çalışan hekimlerin adli olgularla ilgili hizmetlerin bir 'angarya' gibi algılanmasına neden olduğunu savunuyor. Adalet Bakanlığı, tüm bu görüşlere karşı çıkarak adli olayların Cumhuriyet Savcılıkları tarafından yürütülmesi nedeniyle, adli raporların da Bakanlığa bağlı adli tıp şube müdürlüklerince verilmesi gerektiğini savunuyor. Ayrıca, tüm hakim ve savcıların, adli raporların sağlık ocaklarına verilmesine karşı çıktığı belirtiliyor.

TBB BAŞKANI SABIKALILARA RUHSAT YASAĞINI ELEŞTİRDİ

Alanya'da turist Lisa Eder'in sabıkalı bir butik sahibi tarafından öldürülmesinden sonra Belediye, "öfkeyle"

aldığı bir kararla iş yeri açacaklardan sabıka kaydı istemeye başladı. Sabıkalı olanların iş yeri açma taleplerini reddetmeye başladı. TBB Başkanı Özdemir Özok bu konuda basına şu açıklamada bulundu: "Yasalarımızda memnu hakların iadesi diye bir hüküm var. Yani cezasını çektikten sonra o kişi yurttaş olarak bu hakları kullanmakta ehil oluyor. Her insan sanık olabilir. Mahkumiyet döneminde ıslah olmuşsa, topluma kazandırılmışsa onun yaşamını sürdürebilmesi için böyle bir kısıtlama getirilmesi çok yanlış. Bir kere öyle bir suç işlemiş insanların ömür boyu toplum dışına itilmesi çok antidemokratik, hukuk dışı bir uygulama."

TBB BAŞKANI "AB KOMİSYONU İLERLEME RAPORU ÇERÇEVESİNDE BAĞIMSIZ DÜZENLEYİCİ KURUMLARIN DURUM ve ÜST KURULLAR KANUN TASARISI" KONULU TOPLANTIDA KONUŞTU

Rekabet Derneği, Türkiye Odalar Borsalar Birliği, Kadir Has Üniversitesi, Ekonomi Muhabirleri Derneği İstanbul Şubesi ve Türkiye Avrupa Vakfı tarafından, İstanbul'da 9 Aralık tarihinde düzenlenen "AB Komisyonu İlerleme Raporu Çerçevesinde Bağımsız Düzenleyici Kurumların Durumu ve Üst Kurullar Kanun Tasarısı" konu başlıklı toplantıda TBB Başkanı Özdemir Özok bir konuşma yaptı. TBB Başkanı konuşmasında son zamanlardaki yasalaşma faaliyetine değindi: "Öncelikle Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 22. Yasama döneminde çıkarılan ve görülmemiş büyük bir gayretle çıkarılmakta olan

yasalar hakkında kısaca düşüncelerimi ve kaygılarımı sizlerle paylaşmak istiyorum. Bu dönemde, temel yasalar da dahil olmak üzere, çeşitli konularda yaklaşık 350 yasa çıkarılmış, bir çok temel yasada da önemli değişiklikler yapılmıştır. Yapılan değişikliklerin tamamının zorunlu olup olmadığı ya da toplumsal yarar içerip içermediği yeterince tartışılmamıştır. Sadece AB Komisyonu İlerleme Raporu'na atıf yapılarak hızlı bir şekilde yasalaştırılması yoluna gidilmektedir. AB'den müzakere günü alma bahanesi, yasaların ve yapılmak istenilen değişikliklerin gerekip gerekmediğinin, gerçek bir ihtiyaca cevap verip vermediğinin, yasa çalışmalarının yönteminin kamuoyu ve ilgilileri tarafından tüm yönleriyle irdelenmesini olanaksız kılmaktadır. 17 Aralık tarihine yetiştirilmesi bahanesi altında kamuoyu için tartışmanın, bilgilendirmenin imkansız kılınmasına karşın, 'zina' konusunda görüldüğü gibi iktidar ve onun mensubu milletvekilleri, kendi düşünceleri uğruna, AB sürecini riske atmaktan çekinmemektedirler. AB raporlarında yargılamada 'silahların eşitliği' ilkesinin sağlanması için savcılık kurumunda değişiklik önerileri göz ardı edilmekte, yargı bağımsızlığı için Adalet Bakanlığı'nın yetkileri ve konumu konusunda harekete geçilmemektedir.

Cumhuriyetin 'hukuk devrimi' ile gerçekleştirmeyi amaç edindiği çağdaş, demokratik, laik, sosyal hukuk devletinin temelini oluşturan ve çok önemli hukuksal, toplumsal kazanımlar olarak yıllardır uygulanan yasaların bütünüyle değiştirilmelerinin mutlak bir zorunluluk olup olmadığı yeterince tartışılmamakta-

dır. Bu önemli yasaların teker teker yürürlükten kaldırılmasını cesaret ve kahramanlık gösterisine dönüştürüp; övünçle 'devrim' olarak nitelendirilmesi ayrıca dikkati çeken bir davranış olmaktadır.

Hızlı ve aceleci yöntemle yapılan yasa değişikliklerinin önemli başka bir sakıncası da, yeni yasalarla ömrünü tamamlayarak yürürlükten kaldırılan yasalara yönelik yargı pratiğinin de çöpe atılması, yargının bir anlamda her şeye 'sil baştan' başlamak durumuna sokulmasında görülmektedir.

Geçen yasama döneminde çıkarılan ve halen çıkarılmakta olan yasalar dikkate alındığında ve temel yasaların hepsine el atıldığı gözetildiğinde, tüm hukuk düzenini etkileyen köklü hatta bütüncül düzenlemeler amaçlandığı gözlenmektedir. Toplumsal tabanda çoğunluk desteğine sahip olunmamasına karşın, yasama organında çoğunluk gücüne sahip olan siyasi iktidar, henüz Anayasa'yı değiştirmemesine rağmen, özellikle 'laik hukuk' düzeninin temelini oluşturan yasalarda yaptığı ve yapmaya giriştiği değişikliklerle kendisini adeta 'toplumu yeniden biçimlendirme konularında asli kurucu iktidar' olarak nitelendirmektedir. Bu anlayış son derece yanlış ve tehlikelidir.

Kendisini 'asli kurucu unsur' olarak algılayan iktidarın kaldırdığı ve yeniden kurduğu hukuk düzeni, iktidarın gerçek sahibi olan 'ulus' çoğunluğunun istek ve beklentilerine uygun mudur?

Bu sorunun yanıtı alınmadan yapılan değişiklikler, zaman içinde aynı yöntemlerle, eski haline dönme riskini taşımaktadır. Toplumu gerilime

ve kısır döngüye mahkûm etmeye de kimsenin hakkı bulunmamaktadır.”

CEZA VE TEDBİRLERİN İNFAZI HAKKINDA KANUN ÇIKTI

Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan ve Başbakanlık tarafından 30.11.2004 tarihinde TBMM Başkanlığı'na gönderilen “Ceza ve Tedbirlerin İnfazı Hakkındaki Kanun” Adalet Komisyonu'nda görüşüldükten sonra TBMM Genel Kurulu'nca görüşülerek 17 Aralık AB Müzakere tarihi saptama gününden önce kabul edildi.

Cumhurbaşkanı tarafından imzalan yasa *Resmî Gazete*'de ilan edilerek yürürlüğe girdi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ, POLİSİN COP KULLANMASINI ELEŞTİRDİ

TBB Başkanı Özdemir Özok, Başbakan Recep Tayyip Erdoğan'ın YÖK'ü protesto eden öğrencileri coplayan polisi savunmasını eleştirdi. Özok, hak ve özgürlükleri belli sınırlar içinde kullanması gerektiğini söyleyerek “*Bu hem eylemciler hem de polis için böyledir*” dedi. Polisin şiddet kullanmadan, karşı taraftaki insanın bedensel bütünlüğüne zarar vermeden önlem alması gerektiğini vurgulayan Özok, “*Yapılan gösteri tamamen bir toplumsal refleksin dışı vurumudur. Zarar verilen, tahribat yapılan eylemin yanında olmaya olanak yok. Göstericiler ne yaparsa yapsın anlayışıyla yaklaşmak mümkün değil*” diye konuştu ve ekledi: “*Etkisiz hale getirmek polisin görevidir. Şiddet kullanmak ve yapılan eylemde*

zarar vermek kabul edilemez. İş hak ve özgürlüklerin hukuk içerisinde kullanılması noktasında düşümlenmektedir. Üzerinde durmamız lazım gelen demokratik kitle örgütünün, toplumsal refleks dışı vuranların hukuk içerisinde kimseye zarar vermeden eylem yapmaları gerekir. Hukuk dışı eylemi haksız, yasaların ve hukukun koruması mümkün değil. Dengeyi korumak lazım.” (Cumhuriyet/9 Kasım 2004)

TBB, KIZILTEPE DAVASININ SONUNA KADAR TAKİPÇİSİ OLACAK

TBB Başkanı Özdemir Özok, Mardin Kızıltepe'de Ahmet Kaymaz ve 12 yaşındaki oğlu Uğur Kaymaz'ın öldürülmesi olayının ardından TBB'nin görevlendirdiği TBB İHAUM üyesi ve Türk Hukuk Kurumu önceki başkanı Av. Talay Şenol ile TBB Genel Sekreteri Av. Şahin Mengü'den oluşan heyetin Kızıltepe'de yetkililerle, ölenlerin yakınlarıyla ve yurttaşlarla görüşerek bir rapor hazırladığını anımsatarak, olayın adil bir yargılama ile aydınlatılmasını beklediklerini söyledi. Bir gözlemci görevlendirerek davanın sonuna kadar takipçisi olacaklarını belirten Özok, mahkemenin gizlilik kararı vermesinden dolayı şu anda sağlıklı bir değerlendirme yapılamayacağını sözlerine ekledi.

YARGITAY BAŞKANI, BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ İKİ YIL BEKLESİN DEDİ

Yargıtay Başkanı Osman Arslan, bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesinin, 1 Nisan 2005'te yürür-

lûge girecek yeni TCK'nın mevcut içtihat birikimini ortadan kaldıracığı öngörüsüyle, iki yıllık sürecin sonuna bırakılmasını istedi. Başkan Arslan, "1 Nisan 2005'te yürürlüğe girecek olan yeni TCK, Yargıtay'ın içtihat birikimini ortadan kaldırmış olacak. Çünkü TCK tümüyle değişecek. TCK ile aynı tarihte yürürlüğe girecek olan Bölge Adliye Mahkemeleri yeni TCK'ya göre içtihatlar oluşturulmadan faaliyete geçerse, uygulamada sıkıntılar yaşanabilir. Bölge adliye mahkemelerinin kuruluş kanunu yeni mahkemelerin en geç 2 yıl içinde faaliyete geçmelerini öngörüyor. Yasada belirtilen bu süre kullanılarak, mahkemelerin kurulması geciktirilirse, Yargıtay bu süre zarfında yeni TCK'ya göre içtihatlar oluşturur. Bu hem benim hem Yargıtay'ın görüşü. Bizim temennimiz bu yönde. Umarım, Adalet Bakanlığı da bu temennimizi değerlendirmeye alır." değerlendirmesini yaptı. (Hürriyet/16 Aralık 2004)

**TBB BAŞKANI ÖZOK,
"TÜRKİYE'DEKİ KÜRTLER NE
İSTİYOR" BAŞLIKLİ İLANI
DEĞERLENDİRDİ**

TBB Başkanı Özdemir Özok, Leyla Zana öncülüğündeki bir grubun *Herald Tribune* ve *Le Monde* gazete-

lerinde yayımladıkları "Türkiye'deki Kürtler ne istiyor" başlıklı Kürtlere özerklik tanınmasını içeren ilanı eleştirdi. "Türkiye'nin aynı coğrafyayı paylaşan, ortak değerleri savunan insanların birlikte ürettiği ülke haline gelmesi gerekir" diyen Özok, insanı insan olarak kabul eden, etnik, dinsel ve mezhepsel fark gözetmeyen bir değerden hareketle, ülke birliği ve bütünlüğünü hedef alan söz ve davranışın yanında olamayacağını kaydetti. Özok, ilanda suç unsuru bulunup bulunmadığına dair olarak da "Son yasal düzenlemeler karşısında suç unsuru göremiyorum. Özellikle Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen tümceden sonra... Eyleme dönüşmedikçe suç olarak görmüyorum" dedi.

**TBB SOSYAL YARDIMLAŞMA
VE DAYANIŞMA FONU
YÖNETMELİĞİ UYGUN
BULUNDU**

Geçen sayımızda hazırlandığını bildirdiğimiz ve tam metnini yayımladığımız "TBB Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Fonu Yönetmeliği" Adalet Bakanlığı'nca da uygun görülerek *Resmî Gazete*'de yayımlanmak üzere Başbakanlık'a gönderilmiştir.

Haberler: O.G.

YENİ BİR DÖNEM

Av. Özdemir ÖZOK*

1959 yılının Temmuz ayında yapılan başvuru ile başlayan ve 45 yıl süreyle inişli çıkışlı bir yol izleyen AB-Türkiye ilişkileri 17 Aralık 2005 günlü Brüksel Zirvesi'yle yeni bir döneme girmiştir.

Kapalı, açık tahrip gücü yüksek kimi mayınları içermesine karşın "Brüksel zirve kararı" Türkiye'yi müzakere masasına daveti hedeflediği için son derece önemlidir. Kuşkusuz bu noktaya gelinmesinde, öncelikle mevcut siyasal iktidar ve yöneticilerinin yanında, geçmiş dönem siyasal iktidarlara mensup yöneticilerinin de büyük katkıları vardır. Emeği geçen herkese teşekkürlerimizi sunuyoruz.

Brüksel Zirve Kararları'nın 17-22. paragraflarında yer alan hükümler müzakerelere başlanmasıyla ilgili genel ilkeleri belirlemekte, 23. paragraf ise müzakere süreci ile ilgili koşulları kapsamaktadır.

Bu paragrafta yer alan temel ilke ve yaklaşımlar şu hükümleri içermektedir;

-*"Türkiye'nin diğer aday ülkelerle aynı koşullar içinde tam üye olacağı 1999 Helsinki zirve kararlarında öngörülmüştür",*

-*"Türkiye'nin Kopenhag Siyasi Kriterleri'ni yerine getirdiği, 2004 yılında Komisyon'un hazırlayacağı 'İlerleme Raporu' ile belirlenirse, tam üyelik müzakerelerine vakit geçirilmeksizin başlanacağı 2002 Kopenhag Zirvesi'nde kararlaştırılmıştır."* biçimindeki geçmiş dönemlere ilişkin saptamalardan sonra;

-Türkiye çok geniş çaplı ve de reform niteliğinde düzenlemeler yapmış ve Kopenhag Siyasi Kriterleri'ni yerine getirdiği Komisyon raporuyla belirlenmiştir. Komisyon Türkiye'deki bu reform sürecini önümüzdeki yıllarda da sürekli olarak izleyecektir.

* Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

-Ankara Antlaşması ve ekleri Avrupa Birliği'ne son katılan on yeni üye devlete de (bunlar arasında Kıbrıs Rum Kesimi de yer almaktadır) uyarlanacaktır.

-Komşu ülkelerle ikili sorunlar barışçı yollardan çözümlenmelidir. Ancak, devam eden sorunlar katılma sürecini olumsuz yönde etkiliyorsa bu sorunlar Uluslararası Adalet Divanı'na götürülmelidir.

-Avrupa Parlamentosu'nun Türkiye ile tam üyelik müzakerelerinin vakit geçirilmeksizin başlatılmasına ilişkin kararı (bu karar 267'ye karşı 407 oyla alınmıştır) not edilmiştir.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında AB Konseyi, Komisyon'un raporu doğrultusunda Türkiye ile müzakerelerin 3 Ekim 2005 tarihinde başlamasına karar vermiştir.

3 Ekim 2005'te başlayacak müzakerelerin çerçevesi zirve kararlarınının 23. paragrafında öngörülen hükümlerle belirlenmiştir.

23. paragrafta düzenlenen ve müzakere sürecini kapsayan hükümlere gelince;

-Öncelikle tarama süreci Mart 2005'te başlayacak ve Ekim ayından önce tamamlanacaktır.

-Müzakereler, tüm üye ülkelerin katılacağı Hükümetler Arası Konferans (HAK) bünyesinde ve AB mevzuatınının 31 ayrı politikasını kapsayan bölümler halinde yapılacaktır.

-Komisyon'un önerisi üzerine Konsey, her bölümün açılmasına ve geçici olarak kapanmasına "oybirliği" ile karar verecektir. Bir bölümdeki düzenlemenin Türkiye'deki uygulamasının yeterli ve AB'yi tatmin edici düzeye ulaşması halinde o bölüm için geçici kapanma kararı alınacaktır.

-İşçilerin serbest dolaşımı, tarım ve yapısal fonlarla ilgili olarak uzun süreli geçiş dönemleri, istisnalar ve kalıcı koruma önlemleri uygulanabilecektir.

-Üyeliğe kabul Avrupa Birliği'nin mali yapısındaki olanaklara göre gerçekleşecektir. Türkiye'nin getireceği mali yük 2014 sonrası bütçe çerçevesinde göz önüne alınacaktır.

-Müzakerelerin temel hedefi tam üyeliktir, ancak müzakereler "ucu açık" bir süreç olup sonucu önceden garanti edilemez.

-Türkiye'de insan hakları, hukukun üstünlüğü ve demokrasi konularında sürekli ve önemli ihlaller saptanırsa müzakereler askıya alınır. Askıya alınma talebi Komisyon'dan ya da üye devletlerin toplam sayısının üçte birini oluşturan devletlerden gelebilir. Konsey, Türkiye'yi dinledikten sonra müzakereleri askıya almaya ya da askıya alınan müzakereleri yeniden başlatmaya nitelikli çoğunlukla (232/321) karar verir.

Son zirve kararları ana hatlarıyla bu hükümleri içermektedir. Ortaya çıkan bu sonuç, kimi olumsuz koşullar ve yer yer tuzaklarla dolu olmasına karşın son derece önemlidir. Kanımızca yapılması gereken, AB-Türkiye birlikteliğine giden bu yolda döşenmiş olan mayın ve tuzaklara aldırma-sızın hedefe ulaşacak performansı göstermektir.

Bu bağlamda, Türkiye’de siyasal iktidarlar başta olmak üzere, sivil-asker tüm bürokratlara, akademisyenlere, sivil toplum örgütlerine ve AB hukukuyla uyum süreci başta olmak üzere yaşamın her alanında avukatlara, onların örgütleri olan barolara ve Türkiye Barolar Birliği’ne büyük sorumluluklar düşmektedir. Çünkü uzun yıllar alacağı kesinleşen müzakere süreci, aslında müzakereden çok Türkiye’nin AB mevzuatına ve onun oluşturacağı AB hukukuna uyum çalışmaları niteliğinde olacaktır.

İlk gelişmeler ve zirve kararları ışığında müzakerelerin, sonuç itibariyle tam üyeliğe yönelik olduğu bildirilmesine karşın, bu sürecin sonunun, ucunun açık olması ve üyeliğin garanti edilememesi ister istemez ciddi kaygılar uyandırmaktadır.

Yine zirve kararlarında Kıbrıs’la ilgili bölüm ciddi kuşku ve kaygılar içermektedir. Bilindiği gibi, Kıbrıs Rum Kesimi’nin doğrudan ya da dolaylı biçimde tanınması tam üyelik koşullarını belirleyen Kopenhag Kriterleri arasında yer almamaktadır. Bu konuda tek düzenleme Türkiye’nin aday ülke olarak kabul gördüğü 1999 Helsinki Zirve Kararları’nın 12. paragrafında öngörülmüştür. Tanımayla uzaktan yakından ilgisi olmayan bu düzenleme şu yükümlülüğü getirmektedir: *“Türkiye Kıbrıs sorununa barışçı çözüm bulmak amacıyla, BM genel sekreterinin çabalarını güçlü biçimde desteklemelidir”* demektedir. Geçen süreç içinde, Türkiye’nin bu konuda kendisine düşen tüm yükümlülüklerini biraz da aşırıya kaçacak biçimde yerine getirmesine karşın, AB Rum Kesimi’ni ve Yunanistan’ı ikaz etmek yerine Türkiye’den yeni ödünler istenmektedir. Bu ödünlerin en başında da Kıbrıs Rum tarafının adanın tek temsilcisi olarak tanınması isteğidir. Bu olumsuzluk yanında Zürih ve Londra antlaşmalarına aykırı olarak, AB’ye alınan Kıbrıs Rum Kesimi bu konumundan doğan veto yetkisini kullanma olanağına da sahiptir.

Bilindiği gibi müzakere süreci 31 ayrı başlık altında sürdürülecek ve bu başlıkların her birinin görüşmeye açılması ve kapanması üye devletlerin oy birliğiyle alacağı karara bağlıdır. Başka bir anlatımla üye her devlet ki, bunların sayısı Kıbrıs Rum Kesimi’nin de içinde bulunduğu 25 devletten ibaret olup her birisinin ayrı ayrı 62 kez dosyaları onaylama ya da veto etme hak ve yetkisi vardır. İşte bu aşamada Kıbrıs Rum Kesimi müzakere edilen dosyaların kapsamını veto edebilir veya Türkiye’den ek ödünler isteyerek bu vetosunu erteleyebilir. Kuşkusuz istenecek ödünlerin başında

da doğal olarak Kıbrıs Rum Cumhuriyeti'nin "Hukuki ve Siyasi" düzeyde tanınması gelmektedir.

17 Aralık kararlarının en olumsuz yanlarından diğeri de kuşkusuz, müzakerelerin başarısız geçmesi halinde Türkiye'yi Avrupa mimarisi içinde ve Avrupa'ya yakın tutmak amacıyla belli bir modelin oluşturulacağına öngörülmüş olmasıdır. İnsanın aklına ister istemez, neden daha müzakereler başlamadan bu tür bir başarısızlığın Türkiye için ortaya çıkabileceğinin öngörülmesi ve bunun karara bağlanması gerektiği düşüncesi ile bu çifte standart uygulamanın sadece Türkiye'ye yapılması hususları takılmaktadır.

Çünkü böylesi bir kuşku, böylesi bir olasılığı içeren koşul hiçbir üye ülke müzakere kararında söz konusu edilmemiştir. Nitekim 2005 Mart ayında müzakerelere başlayacak olan Hırvatistan için böyle bir kuşku ve koşul öngörülmemiştir.

Yine işçilerin serbest dolaşımı, ortak tarım politikasına uyum ve yapısal fonların kullanımı gibi politikalara uyumun belli bir süre alması doğal olmasına karşın, eski ya da yeni hiçbir üye ülkeye uygulanmayan kalıcı koruma hükümlerinin Türkiye ile ilgili kararlarda öngörülür olması da çifte standart kavramını çağrıştırmaktadır.

Fransa Cumhurbaşkanı Chirac'ın inanarak ya da politik düşüncelerle de olsa söylediği çok doğru bir tespiti var. O da Türkiye'nin, Türk halkının Türk insanının "onuruna" düşkün bir ulus olduğu gerçeğidir. Ülkemiz, halkımız ve insanımız için yeni bir dönemin başlangıcını oluşturacak olan müzakere sürecinin bu anlayışla sürdürülmesi en büyük temennimizdir.

Kuşkusuz, zirve kararlarının en az müzakerelere başlama kararı verilmesi kadar önemli hükmü ve sonucu, müzakere sürecinde Avrupa Birliği'nin Türkiye ile yoğun siyasi ve kültürel ilişkiye girme taahhüdü ve iki taraf haklarının birbirlerini daha iyi tanımalarına ve anlamalarına katkıda bulunmak amacıyla sivil toplum kuruluşlarını bu sürece dahil etme kararlılığıdır.

İşte tam bu noktada geçmişten günümüze hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti mücadelesini sürdüren TBB yanında, savunma hakkının yılmaz temsilcileri avukatlar ve onların örgütleri barolarımıza tarihi görevler düşmektedir.

Türkiye-AB ilişkilerinin güvencesi, geçmişten günümüze bu ilişkileri eleştirerek iktidar olanlar değil, Atatürk ve arkadaşlarının açmış olduğu yolda ödünsüz olarak yürüyen aydınlık yüzlü, aydınlık düşünceli çağdaş avukatlarımız ve onların örgütleri barolarımızdır.

Havai fişeklerinin değil, akıl ve bilimin aydınlattığı çağdaş uygarlıkta buluşmak umut ve dileğiyle.

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ HUKUKUNDA DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA HAKKINA İLİŞKİN STANDARTLAR

Dr. Şule ÖZSOY*

GİRİŞ

Çalışmamızın konusu, ABD hukukunda düşünceyi açıklama hakkı ve bu hakka ilişkin ülkede uygulanan standartlardır. Bu amaçla, Federal Anayasası'nın "*İfade Hakkını*" düzenleyen ek 1. maddesi ve Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin (Supreme Court) içtihadı ve uygulamaları ile geliştirdiği prensipler, tarihi süreç içinde incelenmiştir.

İfade hakkının özü ve sınırlarının belirlenmesi, çatışan çeşitli hakların da dengelenmesini gerektiren karmaşık, yasal bir süreçtir. Bu süreç içinde konuşmacı, dinleyiciler ve devletin çeşitli menfaatleri, ifadenin türüne ve ortaya konuş biçimine bağlı olarak, karmaşık bir şekilde karşı karşıya gelebilir. Hukuk, bu çatışma ortamında bir menfaati tercih ederek hakkın korunma alanını belirleyip, diğerlerini ise kısmen veya tamamen bu alanın dışında bırakabilir. Burada yapılan, çatışan menfaatlerin birbirine karşı tartışılması ve ağır gelen yasal menfaatin hukuk düzenini şekillendiren hakim anlayış ve değerler ışığında belirlenmesidir.

Makalemizde, Amerikan hukukunda düşünceyi açıklama özgürlüğünün özü, sınırları ve Yüksek Mahkeme'ce çatışan hukuki menfaatleri dengelemekte kullanılan ölçütler Amerikan siyasasında tercih edilen değerler ışığında incelenmektedir.

ABD hukuku, düşünceyi açıklama özgürlüğünü şekillendirip uygulamaya koyarken, Anayasası'nın koruduğu değerler ışığında makul ve ölçülü bir dengeyi (rotionality and proportionaliti) tutturmayı amaçlamıştır.¹ Bu denge, zaman içerisinde Yüksek Mahkeme'ce yazılan hukuk

* Ph.D. University of Essex. Yardımcı Doçent Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Bu iki prensip Türk hukukundaki ölçülülük prensibine denk düşer ve ABD Anayasal Yargısı'nın en temel araçlarından olarak kabul edilirler. Bkz., David Beatty, Constitutional Law in Theory and Practice, University of Toronto Press, Canada, 1995, s. 106-113.

yoluyla, değişen toplumla birlikte değişerek ifade edilmiştir. Bu nedenle, McCarty dönemi ve 11 Eylül olayları gibi siyasi toplumsal arka planın da düşünceyi açıklama özgürlüğünün kullanımına etkilerine yeri geldikçe değinilmiştir.

I. ABD ANAYASASI'NDA DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA HAKKI

Federal bir hukuk sistemine sahip olan ülkede, düşünceyi açıklama hakkı, 1787 tarihli Amerikan Anayasası'na 1791 tarihinde eklenen ek 1.madde ile düzenlenmiştir:

“Kongre, düşünceyi açıklama özgürlüğünü, basın özgürlüğünü, halkın barışçıl şekilde toplanma ve sorunlarını hükümete dilekçe yoluyla iletme hakkını ihlal eden kanunlar yapamaz”.

Anayasa'nın lafzı dikkate alındığında, madde yalnızca Kongre'nin yaptığı federal yasaları kapsar gibi gözüke de; 1925 Gitlow v. New York² kararında, Yüksek Mahkeme eyaletleri, idare ve yürütmeyi de Federal Anayasası'nın hak ve özgürlükleri güvence altına alan maddeleri ile bağlı kabul etmiştir. Böylece, ek 1. madde, Amerikan vatandaşlarının ifade hakkının dışardan gelebilecek her türlü (devletten veya kişilerden) müdahaleye karşı korunacağını ifade eder, şekilde anlaşılmıştır.

Garanti altına alınmış bu alanın kapsamını belirleme işi de, yine Yüksek Mahkeme'ce yerine getirilmiştir. Anayasa'nın sözü, mutlak bir şekilde düşünceyi açıklama özgürlüğüne müdahale eden kanun yapılamayacağını belirtse de, Yüksek Mahkeme bu hakkı, mutlak bir hak olarak tanımlamamıştır. Ancak Anayasa'nın açık şekilde istisnaya yer vermeyişi de, Yüksek Mahkemeyi, sınırlamaları ikna edici teori ve savlar üreterek değerlendirme yoluna sevk etmiştir.

Yüksek Mahkeme'nin düşünceyi açıklama hakkını tanımlamak için kullandığı teoriler öncelikle, korunan değere vurgu yaparak, bahsedilen hakkın neden Anayasa ile garanti altına alınması gerektiğini açıklarlar. Bu değerlendirmeler, aynı zamanda ifadenin ne zaman sınırlanabilir olduğunu belirlemede kullanılırlar.

Bahsettiğimiz teorilerden ilki, *“Truth-Hakikat”* teorisidir. Bu teorinin çeşitli versiyonları bulunmakla beraber, orijinal fikir, İngiliz düşünürler Milton (Areopagitica) ve John Stuart Mill (Özgürlük Üzerine) tarafından ortaya atılmış ve tartışılmıştır.³ Daha sonraları Amerikan Yüksek Mahkeme

² Gitlow v. New York, 268 US, 652 (1925).

³ Eric Barendt, Freedom of Speech, Clarendon Press, Oxford, 1996, s. 8.

yargıçları, bu iki yazardan da esinlenerek teorinin Amerikan versiyonu olarak kabul edilen ve fikirlerin serbest piyasası (marketplace of ideas) olarak adlandırılan teoriyi geliştirmişlerdir. İlk Adams v. US kararında Yargıç Holmes tarafından savunulan⁴ teori, dayanağını, hakikate ancak düşüncenin serbestçe ifade edildiği ve birbiri ile rekabet ettiği özgür bir ortamda ulaşılabileceği savından almaktadır. Devletin bu sürece müdahale etmesinin toplumların gelişimini önemli ölçüde engellediği kabul edilmektedir. Eğer devlet, ifadenin serbest dolaşımını engellerse, toplumun doğrulara ulaşmasını de engellemiş olacaktır. Bu teori ile düşüncüyü açıklama özgürlüğünün, yüksek bir toplumsal değer olan doğruya ulaşabilme ve gelişme amacını koruduğu kabul edilmektedir.

Mill'e göre; bir fikri, yanlış olduğunu düşünerek sınırlamak, kısmen de olsa, doğru olma ihtimali olan fikirlerin de yasaklanması sonucunu doğurur. Ayrıca, her hangi bir fikrin yanlış olduğunu ve sınırlanması gerektiğini savunanların yanılmazlığını, yanlıştan muaf olduğunu gösteren bir ölçüt de mevcut değildir.⁵ Daha açık bir deyişle, doğruyu ararken herkes yanılabilir. Öyleyse, yanılmaz bir şekilde bir fikrin yanlışlığını göstermek ve buna dayanarak da o fikri yasaklamak mümkün değildir. 1951 tarihli Dennis v. US kararında yargıç Frankfurter, benzer bir yorum yapmaktadır.⁶

Yargıç Frankfurter; uygarlık tarihine bakıldığında, devletlerce resmen doğruluğuna inanılan pek çok kavramın, zamanla yerini başka doğrulara bıraktığının görüleceğini söylemektedir. Bu sebeptendir ki; karşı konulan, meydan okunan düşünceler ne kadar yerleşik olursa olsun, insan oğlunun doğruyu arayışına devletler müdahale edememelidir.⁷

Felsefi olarak bu anlayışın eleştirisini yapmak mümkündür. Örneğin; keşfedilecek bir doğru veya hakikatin bulunup bulunmadığı, oldukça tartışılan bir konu olmuştur. Böyle bir hakikatin varlığı kabul edilse bile; serbest düşünce açıklamalarının, bu hakikatin keşfine katkısının ne ölçüde olduğu belirsizdir.⁸ Bunun yanı sıra, bugün artık bazı düşüncelerin yanlış olduğu ispatlanabilmektedir; örneğin; dünyanın düz olmadığı bir fikir ise, uzaydan çekilen fotoğraflar bu fikrin yanlışlığını ispatlayabilmektedir. Dolayısı ile, hakikat argümanı, her türlü düşünce açıklamasının korunmasını

⁴ Adams v. US, 250 US 616, 630, 631 (1919).

⁵ J. S. Mill, *On Liberty and Other Essays*, Oxford University Press, Oxford, 1991, s. 22.

⁶ Sionaidh Douglas-Scott, "The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of the American and the European Approaches", *William & Marry Bill of Rights Journal*, Vol. 7 (2) 1999, s. 334.

⁷ Dennis v. US, 341 US, 494, 550 (1951).

⁸ Bkz., Kent Greenawalt, "Free Speech Justifications", *Columbia Law Review*, Vol. 89, 1989, s. 131-137.

savunmakta uygulanamamaktadır. Hakikatin keşfi argümanına yönelik felsefi eleştiriler ve değerlendirmeler, mahkeme kararlarında kullanılan gerekçelerin, geçerliliğini de sorgulanır hale getirdiğinden, önemlidir.

Uygulamada ise bu argüman, ister yargıç Holmes tarafından ifade edilen “doğru, zaman içinde, diğer düşüncelerle rekabet ederek ortaya çıkar” biçiminde; isterse de, Frankfurter tarafından ifade edilen “insan oğlunun doğruyu arama çabalarına müdahale edilmemesi” biçiminde formüle edilsin, her türlü ifade açıklamasına uygulanabilir ölçütler yaratmakta yetersizdir. Her ne kadar, ifadenin içeriğine yönelik sınırlamaları reddetmek için kuvvetli bir silah sağlasa da, yalnızca bazı fikir açıklamalarını, siyasi düşünceleri etkin koruma kapsamına alabilmektedir. Her hangi bir fikri açıklamak ve savunmak amacını taşımayan ifadeleri ise, pornografi ya da ticari ifadeler gibi, koruma kalkını dışında bırakmaktadır.

Son yıllarda, Amerikan literatürü ve uygulaması tarafından tercih edilen yaklaşım ise, hakikatin keşfi değil, “otonomi ve demokrasi” argümanlarıdır.⁹

Otonomi argümanı; bireylerin, devletin müdahale alanının dışında kalan ve yalnızca kendi kontrollerinde otonom alanları olduğu savına dayanır. Burada ifade açıklamaları, özlenen bir sosyal faydaya katkısından ziyade, bireyin muhtar alanı içinde kabul edildiğinden koruma görür. Her türlü düşünceyi ifade etme ve ulaşma hakkı, liberal bir çerçeve içinde korunur. Bireyler, kendi düşüncelerini geliştirmede, arzu ettikleri fikirleri duyma ve söylemede özgür olmalıdırlar. Özgürlük, kendi içerisinde başka bir faydaya katkısına bakılmaksızın korunan ve arzu edilen bir değerdir.

Demokrasi ise, özgür bireylerin ortak bir karar alma sistematiği içerisinde yönetime ve kararlara katıldığı, bir anlamda kendilerini yönettikleri bir siyasi sistemdir. Düşüncenin serbestçe ifadesi ve duyulması, burada yönetime sağlıklı katılım için son derece önemlidir. Uygulamada ise, özellikle siyasi düşünce açıklamaları ile basın yayın özgürlüğü korunurken, demokrasi argümanından faydalanılmaktadır.¹⁰

Bu iki teorik yaklaşım arasındaki temel fark, özgürlüğe getirilen sınırlamaların meşru sınırındadır. Demokrasi argümanı, demokrasiyi ortadan kaldırma gücüne sahip politik örgütlenme ve düşünce açıklamalarının hükümetlerce önlenmesini de meşru zarar olarak algılamak, otonomi argümanı, sınırlamayı geleneksel olarak insanların fiziksel bütünlüğüne ya da

⁹ Bu argümanların anlam ve kapsamı için bkz., Frederick Schauer, Free Speech, A Philosophical Enquiry, London, 1982, s. 67-85.

¹⁰ Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin bu yaklaşımı sergilediği en bilinen örneklerden biri için, bkz., New York Times v. Sullivan, 376 US, 254, 282 (1964).

mallarına yönelik zararların önlenmesi amacıyla kullanılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Refah Partisi Davası¹¹ demokrasi argümanının uygulanmasına ve Amerikan Yüksek Mahkemesi, Brandenburg v. Ohio davası da otonomi argümanın pratik uygulamalarına örnektir.¹²

İrkçı ya da cinsiyetçi ayrımcılık ifadelerinin yarattığı moral zararlar, otonomi argümanının bu şekildeki dar zarar tanımı dışında kalır. Buna karşılık, günümüz demokratik toplumlarında, toplumsal barış, korunan bir kamu menfaati olarak artan oranda ağırlığını hissettirmektedir.¹³

Son yıllarda eşitlik de, korunması gereken bir hak ve aynı zamanda tercih edilmesi gereken bir değer olarak belirmiş ve otonomi kavramına yeni bir boyut getirmiştir. Toplumda, ırkçı ve cinsiyetçi düşünce açıklamalarını sınırlamayı meşru kılacak bu yaklaşım, toplum içerisinde eşitliği korumayı amaçlayarak, fiziksel zararlar dışında kalan manevi zararlara müdahale edilmesini de kişinin otonom alanı dışında anlamaktadır.¹⁴ Çatışan haklar kuramı ise, bahsedilen ırkçı ve cinsiyetçi ifadelerin sınırlandırılmasını, liberal teori çerçevesinde meşru gösterebilecek yegane argüman olarak savunulmaktadır.¹⁵ Bu anlayışın uygulamadaki örnekleri ise ABD hukukundan ziyade Kıta-Avrupa'sı uygulanmasında görülmektedir.¹⁶

Yüksek Mahkeme'nin içtihatlarını, bu argümanlardan yalnızca birine dayanarak açıklamak mümkün değilse de, özgürlüğünün felsefi meşruiyetine ilişkin teoriler, pratikte bahsedilen özgürlüğün bir hak olarak kullanım alanının belirlenmesinde etki göstermekte ve sınırlama ölçütlerinin çıkış noktalarının anlaşılmasına yardımcı olmaktadır.

II. DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA HAKKININ KULLANIM ALANI

I. Bölüme başlarken ifade ettiğimiz gibi, Yüksek Mahkeme yargıçları, Anayasa'da sınırlama sebepleri açıkça belirtilmeyen düşünceyi açıklama

¹¹ Refah Partisi ve Diğerleri Türkiye'ye Karşı Davası, 31 Temmuz 2001, Başvuru No: 41340/98; 41342/98; 41343/98; 41344/98.

¹² Brandenburg v. Ohio, 395 US 444, 447 (1968).

¹³ Nitekim demokrasi argümanının ağırlıklı olarak kendini hissettirdiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında ırkçı ya da cinsiyetçi ifadeler koruma görememektedir. Bkz., Douglas-Scott, *a.g.e.*, s. 329-330.

¹⁴ Bahsettiğimiz bu hak çatışması temelli yaklaşımları en çok feminist ve ırkçılık karşıtı yazarlarda görüyoruz. Örnek; bkz., Catharine A. MacKinnon, "Pornography, Civil Rights and Speech", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol.20, 1985, s. 8; Rae Langton, "Speech Acts and Unspeakable Acts", *Philosophy and Public Affairs*, vol 22(4), 1993, s. 297-298.

¹⁵ Ronald Dworkin, "Two Concepts of Liberty", Isaiah Berlin, *A Celebration*, ed. Edna and Avishai Margalit, Londra, 1991, s. 103-108.

¹⁶ Douglas-Scott, *a.g.e.*, s. 343.

özgürlüğüne, birtakım sınırlamalar kabul ettikleri kararlarında, korunan hukuki faydanın tespitinde, düşünceyi açıklama özgürlüğünü teorik olarak açıklayan felsefi görüşlerden etkilenmişlerdir. Ancak, kararlarının değerlendirmesini bu yaklaşımlarla sınırlamak yeterli olmayacaktır. Eksiksiz bir değerlendirme için kullanılan diğer tekniklere ve ölçütlere de bakmak gerekmektedir.

ABD Yüksek Mahkeme yargıçları, düşünceyi açıklama özgürlüğünü değerlendirdikleri kararlarında, tıpkı diğer anayasal haklar için olduğu gibi, makul ve ölçülü olma testlerini kullanmaktadır. Çatışan menfaatler böylelikle tespit edilmekte, ayrıştırılarak anayasal sistem içinde dengelenmektedir.

ABD hukukunda makul ve ölçülü olma ölçütünün anlamı şudur: Devlet bir hakkı sınırlarken, bu hakka ağır basan bir amacın, ya da önemli bir kamu menfaatinin varlığını gösterebilmelidir. Bunun yanı sıra, seçilen yöntem, korunması arzu edilen menfaate hizmet etmeye uygun olmalı ve bu sonuca ulaşmak için gerekli olandan fazla bir sınırlama getirmemiş olmalıdır.¹⁷

Liberal otonomi argümanının bir yansıması olarak, ifadenin içeriğine yönelik önceden tespit edilecek her türlü sınırlamalar (Content-Based), 1969 *Brendenbourg v. Ohio*¹⁸ kararından bu yana reddedilmekte, bakılmakta olan davada çatışan menfaatlerin tespit edilmesi ve dengelenmesi işleminde düşünceyi açıklayanın, bu açıklamayı dinleyenlerin kimliği ve açıklanan düşüncenin türü, bir unsur olarak yerini almaktadır. Daha açık bir deyişle; ifade edenin kimliği, ulaştığı kitlenin özellikleri ve ifadenin politik, sanatsal, pornografik, ticari olup olmadığı, hukuki değerlendirmelerde etki yapan unsurlar olarak tespit edilmektedir. Aynı şekilde, ifadenin nerede, ne zaman, nasıl yayıldığı da, çatışan hukuki menfaat ve değerleri doğru tespit edip, dengelemede dikkate alınan unsurlardır. Bütün bu unsurların topluca değerlendirilmesi, sınırlamanın makul ve ölçülü olup olmadığını göstermektedir.

Bu değerlendirmeler yapılırken özgürlüklere, mevcut durumda ağır basan hukuki menfaatin neler olabileceği, ya da olamayacağı hukuk düzeninin kabul gören değer yargıları ile doğrudan bağlantılıdır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi de, değişik zaman dilimlerinde, toplumda ağır basan değer yargılarının da etkisi ile, bahsettiğimiz bu teknikleri kullanmış ve düşünce açıklamalarını sınırlamada çeşitli ölçütler üretmiştir.

¹⁷ Beatty, *a.g.e.*, s. 107.

¹⁸ *Brandenburg v. Ohio*, 395 US, 444, 447 (1968).

III. AÇIK MEVCUT TEHLİKE ÖLÇÜTÜ

Amerikan Yüksek Mahkemesi önüne, düşünceyi açıklama özgürlüğüne ilişkin ilk meseleler I. Dünya Savaşı yıllarında gelmeye başlamıştır.¹⁹ Düşünce özgürlüğüne yönelen ilk ciddi müdahale, 1798 tarihli “İsyana Teşvik Yasası” ile ortaya çıkmış²⁰ olmasına rağmen, bu Yasa, Yüksek Mahkeme’ce incelenme şansını bulamamıştır.

Düşünceyi açıklama özgürlüğünün kullanımına ilişkin standartları belirleme yolunda ilk önemli inceleme, 1919 tarihli Schenck v. US²¹ kararı ile gerçekleştirilmiştir. Bu davada, düşüncelerin serbest piyasası argümanının yaratıcısı olan Yargıç Holmes “açık ve mevcut tehlike” ölçütünü ilk defa yazmıştır. Adı geçen kararda, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin elli yılı aşkın bir süre içinde geliştirerek bugünkü haline getirdiği “açık mevcut tehlike” ölçütü, ABD hukukunda ilk kez uygulanmıştır.

Bu davadaki ilk basit halinde, açık mevcut tehlike kriteri ile sınırlama konusu olabilecek ifadeler şöyle belirlenmişti: Kongrenin önleme yetkisine sahip olduğu esaslı zararları meydana getirebilecek ifadeler.²² Kongrenin önleme yetkisine sahip olduğu “zararları doğurması hayli muhtemel” ifadeler sınırlanabilmekteydi.

Schenck kararının önemi, savunduğu ana fikirde saklıdır. Düşünce açıklamaları, ifade ettikleri fikrin beğenilmemesi, hoş karşılanmaması sebebiyle yasaklanamamalıdır. Sınırlama, ancak suça teşvik ve tahrik halinde, geçerli bir zararın önlenmesi amacıyla yapılabilirdir. Sınırlanan özgürlük ile, bu yolla korunmaya çalışılan diğer hukuki menfaat arasındaki orantılı dengenin bozulmaması hedeflenir. Bu da, ancak gerçek bir zarar tehlikesinin varlığı halinde mümkün olabilmektedir.

Ancak, 1919’daki ilk ifadesinden sonra, çok basit gibi görünmesine rağmen bu ölçütün tam anlamıyla yargıçlarca benimsenmesi ve bugünkü anlamıyla uygulanması için elli yıl daha beklemek gerekmiştir. Bu elli yıl süresince, ABD’de özgürlükleri savunan kesimler, ifadenin ancak şiddet

¹⁹ Craig R. Ducat, Harold W. Chase, Constitutional Interpretation; Rights of Individual, fifth edition, West Publishing Company, St. Paul, 1992, s. 903.

²⁰ Bkz., *IBID.*, 903. Bu Yasa ile, insanlar arasında, hükümete, kongre ve başkana karşı nefret duyguları yaymak veya hakaret etmek amacı taşıyan, yalan, ya da skandala yol açıcı ifadelerin basımı yasaklanmıştı. Yasa’nın uygulanması fazla uzun sürmemiş, mahkum olan o kişi, daha sonra Başkan Jefforson tarafından affedilmiştir. Kongre bu kişilere tazminat ödenmesini de kararlaştırmıştır.

²¹ Schenck v. US, 249, US, 47 (1919).

²² Sheldon L. Leader, “Free Speech and the Advocacy of Illegal Action in Law and Political Theory”, *Columbia Law Review*, vol. 82 (3), April 1982, s. 417.

veya buna benzer ölçülebilir bir zarara yönelik, ciddi bir tehlikenin varlığı halinde sınırlanabilmesini savunmuştur.²³

1919 Schenck kararını takip eden yıllarda, ekonomik menfaatlerin korunmasının, kişisel haklardan daha popüler bir uğraş olması sebebi ile, Yüksek Mahkeme, açık mevcut tehlikeyi, sınırlamayı sınırlandırıcı bir ölçüt olmaktan çok, bir sonucu açıklarken, şemsiye bir kavram olarak kullanmıştır.²⁴ 1925 tarihli Gitlow kararında ise mahkemenin muhafazakar çoğunluğu, yargıç Holmes'ın muhalefetine rağmen "zararlı eğilim" kriterini uygulamaya koymuşlardır.²⁵ İki yıl sonra, Whitney v. California²⁶ kararında da gene aynı kriteri uygulamıştır. Burada bakılan, artık konuşmanın önlenmeye çalışılan zararı yaratma olasılığının yakınlığı-uzaklığı ve çatışan menfaatler arasında orantılı bir denge değildir. Önlenmeye çalışılan eylemlere, ifadenin zayıf da olsa bir katkı sağlama eğilimi göstermesi, sınırlama için yeterli görül-mektedir. Ölçülülük testi, uygulanma alanını kaybederek yerini sınırlı bir rasyonalite (makul olma) testine bırakmıştır. Makul bir insan tarafından, yapılan sınırlamanın amacı uygun bulunuyorsa, bu yeterli idi.

1940'lı yıllarda, yüksek mahkemeye yeni liberal yargıçlar atanması sonucu, açık mevcut tehlike kriteri yeniden güçlenerek, özgürlüklerinin, öncelikle koruma görmesi gerektiğini vurgulayan kararlarda kullanılmaya başlanmıştır.²⁷ Ancak, düşüncüyü açıklama özgürlüğünü korumaya yönelik bu tutum, Yüksek Mahkeme açık mevcut tehlikenin uygulaması konusunda fikir birliğine sahip olmadığından, kuvvetlenerek devam edememiştir.

1950'li yıllarda McCarthyism döneminin başlaması ile, açık mevcut tehlike ölçütünden bariz bir kopuş yaşanmış ve rejime muhalif düşünce açıklamaları ve sahipleri, en çok ihtiyaç duydukları bir dönemde, Yüksek Mahkeme'ce korunmasız bırakılmışlardır. 1951 tarihinde verilen Dennis v. US kararı²⁸ ile, Komünist Parti'nin on bir lideri, hükümeti devirmek için organizasyon teşekkül etmek ve bunun propagandasını yapmaktan suçlu bulunmuştur. Bu kararda, gerçekte karara konu olan on bir kişinin, bu yönde bir eylemi olmaması dikkate alınmamış, tamamen komünist düşüncenin, devrim yoluyla hükümetin devrilmesini gerektirdiği üzerine odaklanılmıştır.

²³ Malcolm M. Feeley, Samuel Krislov, Constitutional Law, second edition, USA, 1990, s. 461.

²⁴ Ducat and Chase, *a.g.e.*, s. 903, 904.

²⁵ Gitlow v. New York 268 US, 652 (1925).

²⁶ Whitney v. California 274 US, 357 (1927).

²⁷ Thomas v. Collins, 323 US, 516 (1945), Terminello v. Chicago, 337 US, 1 (1949).

²⁸ Dennis v. US, 341 US, 494 (1951).

Gene bu yıllarda, devlet memurlarının devlete bağlılık yemini etmeleri ve bu yeminde komünist parti üyesi olmadıklarını da belirtmeleri zorunluluğu, Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır.²⁹ Gene aynı şekilde, devlet memurlarının, başsavcılığın listesinde yer alan zararlı organizasyonlara üye olmaları yasaklanmıştır. Yüksek Mahkeme, 1952 tarihli Adler v. Board of Education kararında,³⁰ öğretmenlerin komünist parti üyeliği, işlerine son verilebilme gerekçesi olarak anayasaya uygun bulunurken, şahsen eylemlerde bulunulmasalar da, memuriyet görevi kötüye kullanılmasa da bu organizasyonlara üyelik, cezalandırma sebebi olmuştur. Bu durum 1960'ların sonu, 70'lerin başına kadar devam etmiştir.

Dennis kararından altı yıl sonra, Yüksek Mahkeme ilk dönüş sinyallerini vermiştir. Yates v. US kararında, sadece bir partiye üye olmanın mahkumiyet için yeterli sebep olamayacağını; bunun ek 1. madde ile korunan ifade hakkını ihlal ettiğini tespit etmiştir. 1967 tarihli Keyishian v. Board Regents kararı³¹ ile de, devlet memurları bakımından kamu çalışanlarının devlete bağlılık yemini etme zorunlulukları ve salt komünist parti üyesi olmalarının, işlerine son verilme nedeni olması Anayasa'ya aykırı bulunmuştur.

Yates kararından on iki yıl sonra, 1969 tarihli Brandenburg v. Ohio kararı ile Yüksek Mahkeme, halen uygulamakta olduğu "*açık ve mevcut tehlike*" ölçütünü yazmıştır. Bu kararda, kuvvet ve şiddet kullanımını ahlaki ve felsefi olarak savunmanın hatta bunun gerekliliğini müdafaa etmenin tek başına ifadeye müdahale etmeyi meşru kılmadığı, ancak "*bir grup insanı böyle bir harekete hazırlama, kışkırtma*" halinde müdahale edilebileceği belirtilmiştir. Burada bahsedilen kışkırtma, "*hukuka aykırı bir hareketi oluşturmaya veya oluşumunu kışkırtmaya yönelmiş ve amaçlanan sonucu yaratması olası olan*" bir eylemdir.³² Bu ölçütün, iki hukuki amacı mevcuttur. İlki, belli bir zaman diliminde bir eylem, hukuken yasaklansa dahi bu eylemin gerekli ya da arzu edilebilir olup olmadığını tartışmak serbest olmalıdır. İkincisi ise, insanları derhal etki doğuracak şekilde, bir takım yasa dışı eylemlere katılmaya sevk etmenin, bu katılımı oluşturma şansı olduğu ölçüde yasaklanabileceğidir.³³

Brandenburg kararında izlerini gördüğümüz ölçülülük anlayışı, Yüksek Mahkeme kararlarında ilk defa 1968 tarihinde O'Brien v. US kararında uygulanmıştır. Buna göre, ifade hakkına yönelik sınırlamaların anayasallığı, dört ayaklı bir kriterle tespit edilmektedir;

²⁹ Garner v. Los Angeles Board, 341 US, 716 (1951).

³⁰ Adler v. Board of Education, 342 US, 485 (1952).

³¹ Keyishian v. Board Regents 385 US, 589 (1967).

³² Brandenburg v. Ohio, 395 US, 444, 447-8, (1969).

³³ Leader, *a.g.e.*, s. 414.

- a. Hakka yönelik müdahale yetkili bir organca yapılmalıdır,
- b. Sınırlama, önemli yahut elzem bir kamu menfaatini korumak, ya da ona hizmet etmek amacını taşımaktadır,
- c. İdarenin ya da yasa koyucunun sınırlama ile korumayı umduğu menfaat, düşünce özgürlüğünün bastırılması olmamalıdır,
- d. Sınırlama, korunması amaçlanan hukuki menfaatin gerektiği ölçüde olmalı, daha fazla bir alana müdahale etmemelidir.³⁴

O'Brien kararı ile ortaya konan ölçülülük anlayışı ve açık mevcut tehlike kriteri, konusuna bakılarak düşüncenin cezalandırılmasını ya da bastırılmasını önlerken, düşünce açıklaması yoluyla oluşabilecek kimi zararları da önlemeyi amaçlamaktadır. Bu kararlar Anayasa'nın ek 1. maddesine uygunluk bakımından, ifadenin konusunu temel alan sınırlandırmalar (Content-Based) ile ifadenin zararlı etkilerini temel alan sınırlandırmalar (Content-Neutral) arasında farklı bir yaklaşım kabul edilmiştir. Politik, sanatsal, bilimsel ve edebi ifadeler toplumsal değere sahip, yüksek koruma gerektiren ifadeler olarak kabul edilmiştir. Bu ifadelerin konusunu "*açık mevcut tehlike kriterine*" aykırı şekilde sınırlayan düzenlemeler Anayasa Ek 1. maddeye aykırı olacaktır. O'Brien kriterleri ise ifadenin zararlı etkilerini temel alan (Content-Neutral) sınırlamalara uygulanacaktır. Bu sınırlamalar, genellikle sembolik ifadelerle (kart yakma, bayrak yakma gibi), kamusal alanlarda yapılacak konuşmaların zaman, yer ve şeklini konu alan düzenlemelerdir.

Böylelikle ifade sahibinin politik, sanatsal, bilimsel ve edebi alanlarda dilediği düşüncüyü açıklama özgürlüğüne oldukça sağlam bir koruma alanı sağlanmıştır. Öte yandan, bu kriterler ışığında ırkçı ya da cinsiyetçi ifadelerle yönelik sınırlamalar da Anayasa ek 1. maddeye aykırı kabul edilebilmektedir. Önlenmeye çalışılan zarar soyut hale geldikçe, özgürlüğe ağır basabilecek meşru bir kamu menfaati olarak kabul görmesi zorlaşmaktadır. Nitekim pek çok olayda, ırkçı ifade açıklamaları Anayasa ek 1'e dayanılarak korunmuştur.³⁵ Zira bu tip yasalar doğrudan ifadenin konusuna sınırlama getirmektedirler.

Bunun en önemli örnekleri, Federal Yargıtay (the Court of Appeal) 7. dairesince verilen 1978 tarihli Collin ve 1992 tarihli Yüksek Mahkeme'nin RAV kararlarıdır.³⁶

³⁴ US v. O'Brian, 391 US, 367, 377 (1968).

³⁵ Bunun istisnaları da vardır. ABD Yüksek Mahkemesi Beauharnais v. Illinois, 343 US, 250 (1952) kararında ırkçı söz ve yazıları basıp dağıtanları cezalandırmayı öngören bir yasayı Anayasa'ya uygun bulmuştur. Fakat sonraki yıllarda açık mevcut tehlike kriterine tam bir dönüş yaparak ırkçı söylemleri ve Hollocoust inkarcılarını da AY ek. 1. maddenin korunması kapsamına almıştır.

³⁶ The Court of Appeal for the Seventh Circuit, 578 F. 2nd 1197 (1978); RAV v. City of St. Paul. 505 US, 377 (1992).

Collin kararında, ırkçı ve dinci düşünceleri yayan materyalleri yasaklayan bir düzenleme, ifadenin konusunu hedef aldığı için Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. Yüksek Mahkeme 1992'de R .A. V. kararında aynı yaklaşımı tekrarlamıştır. Robert Allen Viktoria isimli kişi, tamamı beyazlardan oluşan bölgeye taşınan siyah bir aileyi korkutma amaçlı olarak, siyah ailenin evinin civarında ırkçı örgüt Klu Klux Klan'ın sembolü yanan haçı taşımaktan mahkum edilmiştir. Yanan haç, gamalı Nazi haçları gibi insanlar arasında cinsiyet, ırk, renk, din ve inanca dayalı olarak öfke, tedirginlik ve kızgınlık yaratacak sembollerin kamuya açık şekilde teşhirini yasaklayan ve Robert Allen Viktoria'nın mahkumiyetine dayanak teşkil eden yasanın Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Dava sonucunda, Yüksek Mahkeme, ifadenin konusu esas alınarak düşüncüyü açıklama hakkına sınırlama getirildiği gerekçesiyle, söz konusu yasayı AY ek. 1. maddeye aykırı bulunmuştur.³⁷

Sözü edilen davalarda Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından benimsenen yaklaşım, açık mevcut tehlike ölçütü ışığında ölçülebilmesi zor olan, toplumsal barışa ve eşitliğe yönelik bir takım zararların meşru hedefler olarak tanınmasındaki zorluğu gösterir. Bununla beraber son yıllarda bu yaklaşımda bir takım değişimler kaydedilmektedir. 2003 tarihli Virginia v. Black³⁸ davasında Yüksek Mahkeme insanların gözünü korkutmak amacıyla yanan haç teşhirini suç haline getiren yasayı Anayasa'ya uygun bulmuştur. Bu davada Yüksek Mahkeme, söz konusu yasal düzenlemenin düşüncenin konusuna sınırlama getirdiğini kabul etmekle beraber; Amerikan tarihinde kölelik ve ırk ayrımı ile ilgili yaşanan acı olayları çağrıştıran sembollerin göz korkutma amaçlı olarak kullanımını, toplumsal barışa karşı gerçek tehdit "true threat" olarak kabul etmiş ve getirilen yasaklamayı Anayasa'ya uygun bulmuştur.

IV. DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMAMA ÖZGÜRLÜĞÜ VE EK 1. MADDE KAPSAMINDA YÜKSEK MAHKEMECE KULLANILAN DİĞER ÖLÇÜTLER

Açık mevcut tehlike, önemli bir yer tutmakla beraber, ABD hukukunda düşüncüyü açıklama özgürlüğünü korumaya (ya da sınırlamaya) yönelik tek hukuki ölçüt değildir. Yüksek Mahkeme ek 1. maddenin uygulama alanını belirlerken başka kriterler de uygulamaktadır.

Yüksek Mahkeme, değişik türdeki ifadelerin kendine özgü problemler yarattığını ve çatışır durumda buldukları menfaatlerle değişik şekillerde dengelenebileceğini kabul etmektedir.³⁹ Böylece toplantı, gösteri yürüyüşle-

³⁷ RAV v. City of St. Paul. 505 US, 377, 381 (1992).

³⁸ Virginia v. Black, 538 US, 343 (2003).

³⁹ Joseph Burstyn Inc. v. Wilson, 343 US, 495 (1952).

rine ya da semboller yoluyla düşünce açıklamalarına farklı hukuki ölçütler uygulanmaktadır. Gene aynı şekilde, ticari ifadeler de farklı bir rejime tabi kılınmıştır.

Ancak “özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna olması” kuralı, genel prensip olarak uygulanmaya devam edilmektedir. El ilanı, broşür ve buna benzer yollarla yayılmaya çalışılan ifadelerin sadece içeriğine dayalı sınırlama kriterleri, Anayasa’ya aykırı olmaya devam etmektedir. Bu hallerde hakkın kullanımı, ancak çevre kirliliği, gürültünün önlenmesi ve benzer kamu düzeninden doğan menfaatlerin korunması amacıyla mümkün olabilmektedir.⁴⁰

Bunun haricinde uygulanan bir diğer ilke de, saf ifadeler ile eylemle ifade etme hallerinin (speech plus) birbirinden ayrılmasıdır. İfadenin kelimelerle açıklanması halleri, düşüncenin eylemlerle belirtilmesine göre daha sıkı bir korumaya tabi tutulmuştur. Buna göre de gösteri yürüyüşlerine ilişkin koruma standardı daha düşük bırakılabilmektedir.⁴¹

Bunun yanı sıra, çeşitli sembollerin giysiler üzerinde taşınması ya da kamuya açık şekilde teşhir edilmesi yoluyla da düşüncenin açıklanabileceği kabul edilmiş ve koruma altına alınmıştır. Örneğin; Nazi üniformalarının giyilmesi, gamalı haçların taşınması bir tür siyasi düşünce açıklaması olarak kabul edilmiş ve korunmuştur.⁴² Toplumun çoğunluğunca kabul edilen değerlere ters düşen sembollerin taşınması korunmaktadır. Aynı şekilde, toplumun çoğunluğunca kabul edilen değerlerin sembollerine yönelik eylemler de politik düşünce açıklaması sayılarak korunmaktadır. Örneğin; “bayrak yakma” eylemi bu şekilde değerlendirilip korunmaktadır.⁴³ Ancak, zarar verilen semboller kamu düzenine ilişkin işlevler görüyorsa, durum farklı olmaktadır. Örneğin; resmi dokümanların, kimlik kartlarının yakılması, sistem içinde önemli aksaklıklara neden olacağından, koruma kapsamı dışında bırakılmaktadırlar.⁴⁴ Burada yapılan; açıklanan düşüncenin içeriğinden soyutlanmış bir zarar-fayda analizidir.

Bu bağlamda; Yüksek Mahkeme’nin ideolojik sınırlamaları reddeden tutumunun bir diğer önemli örneği de, “negatif düşünceyi açıklama özgürlüğü” doktrinidir. Bu doktrini sessiz kalma, bir görüşe katılmama hakkının korunması olarak da adlandırabiliriz. Buna ilişkin ilk problemler “bayrak selamlama” davalarında ortaya çıkmıştır.⁴⁵ Bu davalar, bazı eyaletlerde okul-

⁴⁰ Schneider v. State, 308 US, 147 (1939); Martin v. Struthers, 319 US, 141 (1943).

⁴¹ Cox v. Louisiana, 379 US 536 (1965).

⁴² Skokie v. Nat. Socialist Party, 373 US, NE, 2d. 21 (1978).

⁴³ Spence v. Washington 418 US, 405 (1974).

⁴⁴ US v. O’Brian, 391 US, 367 (1968).

⁴⁵ West Virginia State Board of Education v. Barnette 319 US 624, 642 (1943); Minersville School District v. Gobitis, 310 US, 586 (1940).

larda öğrencilere uygulanan bayrak selamlama ve bayrağa sadakatlerini bildirme zorunluluğuna karşı açılmıştır. Yüksek Mahkeme, bu zorunluluğu ek 1'de getirilen anayasal güvencelere aykırı bulmuştur. Kamunun çoğunluğunca benimsenen davranış biçimini benimsememe özgürlüğü, düşünceyi açıklama özgürlüğünün negatif çekirdeğini oluşturur. Özgürlüğün özünü, kişilerin istememeleri halinde, bir düşünceyi yaymaya ya da kabul etmeye zorlanamamaları oluşturmaktadır. Kimi hallerde bu negatif çekirdek, cevap hakkını kullanmak isteyenlere karşı gazete editörlerinin direnmelerine gerekçe olmuş,⁴⁶ kimi zaman da işçilerin, sendikalara verilen zorunlu aidatları ödemekten kaçınmalarına gerekçe gösterilmiştir.⁴⁷

Bu "negatif özgürlüğün" somutlaştığı hallerden biri de, Yehova şahitlerince New Hampshire otoritelerine karşı açılan Wooley v. Maynard⁴⁸ davasıdır. Bu eyalette, bütün ticari olmayan araç plakalarına "ya özgür yaşa, ya da öl" yazılması zorunluluğu getirilmişti. Yüksek Mahkeme, devletin resmi ideolojisinin bu şekilde zorunlu olarak sergilenmesinin, Anayasa ile garanti altına alınmış olan "inanmadığı şeyi söylememe özgürlüğünü" ihlal ettiğine hükmetmiştir. Burada, açık mevcut tehlike ölçütünün kullanılabileceği belli düşüncenin savunulması veya yayılmasına ilişkin bir sorun değil, resmi ideolojiyi benimsememe özgürlüğü söz konusudur.

Açık mevcut tehlike ölçütü ile halledilmesi mümkün olmayan düşünceyi açıklama özgürlüğü sorunlarından bir diğeri de, ticari ifadelerin ne derece AY ek 1 korumasından faydalanacağına ilişkin olandır. Son zamanlara kadar, ticari bilgiler ve reklamlar ek 1. madde kapsamında değerlendirilmemiştir. Ancak, tüketicinin bazı ticari bilgilere ulaşma hakkı çerçevesinde, bu yaklaşım değişime uğramıştır. Ulaşılan ticari bilginin kamuca ihtiyaç duyulabilecek, arzu edilen bir bilgi olması durumunda, siyasi düşünce açıklamaları kadar olmasa da, belirli bir korumadan yararlanacağı kabul edilmektedir.⁴⁹ Önemli nokta; ticari promosyonlar ile bilgi arasında ayırımı gidilmesi; ilkinin, tıpkı doğru olmayan reklamlar gibi koruma görememesidir.

Ek 1. madde kapsamında düşünceyi açıklama hakkının özel bir görünümü olarak korunan bir diğer özgürlük de, basın özgürlüğüdür. Basının, demokratik hayattaki önemi doğrultusunda korunmasının da, ayrıcalıklı olması gerektiği kabul edilmektedir. Amerikan hukukunda, basını yıldırarak ya da dolaylı baskı altında bırakacak her türlü müdahalenin önlenmesi

⁴⁶ Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 US, 241 (1974).

⁴⁷ NAACP v. Alabama, 357 US, 449, 466 (1958).

⁴⁸ Wooley v. Maynard, 430 US, 705 (1977).

⁴⁹ Bkz., Bigelow v. Virginia, 421 US, 809 (1975) kürtaj kliniği reklamının korunması; Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens' Consumer Council, 425 US, 748 (1976).

prensibi benimsenmiştir. Kamuyu ilgilendiren konuların, gene kamuya açık şekilde ve tüm yönleriyle tartışılabilmesi, demokrasilerde elzem kabul edilen, oldukça önemli bir özgürlüktür. Yüksek Mahkeme, basının dördüncü bir kuvvet olarak demokrasilerdeki işlevini yerine getirebilmesini, kamu yetkilerinin şeffaf, halkın denetimine açık kullanılmasını sağlamayı hedeflemiştir. Bu hedefi en net şekilde ifade eden karar da, “*New York Times v. Sullivan*”⁵⁰ kararıdır. Kamu gücünü kullanan bir kimse ile ilgili yapılan haber ve yorumlarda verilen bilgilerin doğru olmaması, basına (ağır tazminatlar verdirilmesine kadar varabilecek) tek başına bir takım müeyyideler uygulanmasını meşru kılamayacaktır. Bu gibi hallerde basına müeyyide uygulanabilmesi, ancak bilgi yanlışlığının kasten yapılmış olması; yani bilginin yanlış olduğunu bilmek, ya da doğruluğu konusunda hiç bir kaygı taşımadan, bu hususu kusurlu şekilde ihmal etmek şartına bağlıdır.⁵¹

Ayrıca, basına verilen kamu menfaatini kollama görevi gereği, ispat yükü de davayı açan tarafa yüklenmiştir. Basının, iddialarının dayanağını gösterme yükümlülüğü yoktur. Davayı açan tarafın, basının kötü niyetini, ya da ağır ihmali ispatlaması gerekmektedir.

Yüksek Mahkeme, bu standardı sadece kamu gücünü kullanan görevliler ve haklarında çıkan yazılara basın yoluyla cevap verme imkanına sahip, kamuya mal olmuş kişiler bakımından uygulamaktadır.

Son yıllarda Mahkeme, kimlerin kamuya mal olmuş kişi sayılması gerektiğine karar verirken, *Hutchinson v. Proxmire* (1979) davası ile yarattığı ölçütü kullanmaktadır. “*Kamuya mal olmuş kişiler*”, aktif olarak medya haberi yaratmakta rol alan kimselerdir. Bu kişilere, kasten zarar verme amacı, ya da kusurlu bir ihmalin varlığı ispatlanmadığı müddetçe, cevap hakkı veya tazminat gibi hallerin oluşması Ek 1. maddeye göre mümkün değildir. Sıradan insanlar içinse, bu durum mesleğin normal gerekleri ile sınırlandırılmıştır. Yalan ve yanlış haberlerde basın görevlileri, basın mesleğinin bilinen kurallarına göre yapması gereken araştırmayı yapmaması, sorumluluk doğmasına neden olabilmektedir. Bu şekilde Yüksek Mahkeme, güç

⁵⁰ *New York Times v. Sullivan*, 376 US, 254 (1964).

⁵¹ İspat yüküne ilişkin bu düzenleme AİHS düzeni ile önemli farklılık gösterir. Avrupa düzenine göre ispat yükü basının üzerinde kalmaya devam etmektedir. Basın, iddialarının temelini göstermek, haberini standart bir özeni göstererek hazırladığını ispatlamak zorundadır. Ancak bu durum politikacılara yönelik eleştiri ve değer yargısı içeren ifadelerin koruma kapsamında olması haline bir engel teşkil etmez. Bkz., *Lingens v Austria*, Judgement of 8 July 1986, Series A 103; *Oberlschlik v Austria*, Judgement of 23 May 1991, Series A 204. Ayrıca Avrupa düzeninde basının, kamu çalışanlarına yönelik haberlerinden dolayı cezai müeyyideye tabi tutulması ancak öncelikle iddialarını ispatlama şansı tanınması halinde mümkündür. Bkz., *Süreç II v. Turkey*, Judgement of 8 July 1999, app. No: 24122/94

ilişkilerini ve kamunun haber alma hakkını gözetererek, kamuya mal olmuş kişiler ile sıradan insanlar arasında makul bir ayırım yaratmıştır.

Basına ve kamuya mal olmuş kişilere uygulanan bu ölçütler kadar, günümüz toplumunu ilgilendiren bir konu da internettir. Amerikan hukukunda, bu konuda hakim yaklaşım; medyanın diğer kesimlerine uygulanan kuralların internette de uygulanması, konulan materyalin içeriğine değil, zararlı sonuçlarına yönelik sınırlama kriterleri uygulanması ve hizmet sağlayıcıların yayınlanan materyalden dolayı sorumlu tutulamaması ilkeleri çerçevesinde açıklanabilir.⁵² Nitekim, Yüksek Mahkeme’de, Smith v. California⁵³ davasında, nasıl bir kitapçı sahibi sattığı kitapların içeriğinden sorumlu tutulamazsa, internet hizmet sağlayıcılarının da prensip olarak konulan materyalden sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir.

Böylece, Yüksek Mahkeme’nin açık yakın tehlike ölçütü dışına çıkarak, başka değerlendirme kriterleri tercih ettiği halleri genel olarak ve kısaca inceledik. Ancak, anlattığımız bu standartlar, özellikle 11 Eylül olayları sonrası ABD’de başlayan olağanüstü dönem uygulamaları ve uygulanan terörle mücadele yasaları çerçevesinde önemli sapmalara uğramıştır. Bu nedenle terörle mücadele yasalarının düşüncüyü açıklama özgürlüğüne etkilerine ayrıca göz atmakta fayda bulunmaktadır.

V. AMERİKAN TERÖRLE MÜCADELE DÜZENLEMELERİNİN DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE ETKİLERİ

Amerika’nın terörle mücadelede bugünkü hukuksal alt yapısının ilk temelleri, 1996 yılında çıkarılan “*Terörle Mücadele ve Etkin Ölüm Cezası Yasası*”⁵⁴ ile atılmıştır. Bu yasa, 1993’de Dünya Ticaret Merkezi’ndeki ve 1995’de Oklohoma’daki saldırılar ertesinde ve artan uluslararası terör tehdidi karşısında alınması gerekli iç tedbirler kapsamında, Amerikan Hükümeti’nin isteği üzerine çıkarılmıştır. Amerikan Yüksek Mahkemesi içtihatları ile belirginleşen ifade hakkına ilişkin standartlara, ilk müdahaleler 1996 tarihli yasayla yapılmaya başlanmıştır. Şöyle ki; hükümetin terörist kuruluş listesinde yer alan guruplara her türlü destekte bulunmak (m. 300-303), amaca bakılmaksızın bu kuruluşların faaliyetlerine katılmak, faaliyetler yasal olsa bile, yasaklanmıştır. Bu durum, Yates kararından⁵⁵

⁵² Edwin Baker, “First Amendment and the Internet: Will Free Speech Principles Apply to the Media Apply Here?”, *St. John’s Journal of Legal Commentary*, vol. 11, 1996, s. 718-719.

⁵³ Smith v. California, 361 US, 147 (1959).

⁵⁴ *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996*, Pub. L. No: 104-132, 110 Stat. 1214 (1996).

⁵⁵ Yates v. United States, 354 US, 298.

beri geçerli olan, “bir gruba salt üyeliğin veya fikirlerine katılmanın düşüncüyü açıklama hakkını sınırlamak için yeterli olmadığı” kuralına aykırılık teşkil etmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, burada bahsedilen terörist guruplar, Amerikan hükümeti tarafından Amerika’nın güvenliğini tehdit ettiği düşünülen her türlü gruptur ve Amerika’nın ekonomik çıkarları da, bu geniş milli güvenlik tanımına dahildir. Tanımın genişliği, insancıl yardımlarda bulunan gurupları da suçlu hale getirebilme potansiyeline sahiptir.

1996 tarihli yasadaki diğer hakları da kapsayan geniş tedbirlere rağmen, 11 Eylül olaylarının yaşanması önlenememiştir. 11 Eylül 2001’deki saldırılar ertesinde ise; iç hukukta mevcut yasal düzenlemelerin, terörü durdurmada yetersiz kaldığı düşünülerek, kamuoyunda fazlaca tartışılmadan, Kasım 2001’de, “Vatanseverlik Yasası”⁵⁶ olarak anılan kanun yürürlüğe konulmuştur. Bu Yasa’yla, bağımsız düzenlemelerin yanı sıra, çeşitli kanunlara terörle mücadele amaçlı eklemeler yapılmış, 1996 tarihli terörle mücadele yasası ile anayasal haklara getirilen sınırlamaların derecesi artırılmıştır.

Vatanseverlik Yasası, haklara getirdiği sınırlamalar kadar, iç terörizmi geniş, belirsiz şekilde tanımlaması sebebiyle de Amerikan hukuk ve insan hakları çevrelerinde eleştirilere maruz kalmıştır.⁵⁷ Getirilen bu tanıma göre iç terörizm; (a) ABD ceza yasalarını ya da bir başka ülkenin ceza yasalarını ihlal eder şekilde insan hayatını tehlikeye sokan, (b) sivil halkı korkutmayı veya üzerinde baskı kurmayı amaçlayan, (c) zor ve tehdit yolları kullanarak hükümet politikalarının oluşumuna etki etmeye yönelmiş, (d) adam kaçırmaya, adam öldürme ve kitlesel imha yolları kullanarak hükümetlere etki etme amacı taşıyan hareketlerdir.

Bu tanım, hükümet uygulamalarına etki etme, ya da hükümet üzerinde baskı oluşturma amacı taşıyan gösteri ve yürüyüşleri düzenleyenleri de terörist sayabilecek belirsizlik ve genişliktedir.

Vatanseverlik Yasası ayrıca, 1996 tarihli yasanın açtığı yoldan giderek, 805 ve 806. maddeleri kapsamında, Amerikan hükümetince terörist sayılan guruplara yapılacak her türlü yardım, ya da suç oluşturmaları bile faaliyetlerine katılımı da terörizme destek saymakta ve yasaklamaktadır.

Ayrıca bu Yasa (m. 411) kapsamında, Amerikan Hükümeti’nce terörist organizasyon olarak kabul edilen guruplara üyelik, faaliyetlerine (yasak olmasalar bile) katılmak, mali yardımda bulunmak, veya yardım toplamak

⁵⁶ Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA Patriot Act of 2001), Pub. L. No: 107-56, 214(a) (2), 115 Stat. 272 (2001).

⁵⁷ Emanuel Gross, “The Influence of Terrorist Attacks on Human Rights in the United States: The Aftermath of September 11, 2001”, *North Carolina Journal Int’l L. & Com. Reg.*, vol. 28, 2002, s. 4-5.

da terörist faaliyet olarak algılanmaktadır. Bu tip eylemlere karıştığı iddia edilen yabancılar tutuklanarak ülke dışına çıkarılabilmektedir. Burada toplanan paranın, ya da sağlanan desteğin terörist bir amaca hizmet ettiğini bilmediğini, ya da bilecek konumda olmadığını ispat yükü, sınır dışı edilecek yabancıların üzerinde olmaktadır.⁵⁸ Getirilen düzenlemeleri somutlaştırmak amacıyla bir Amerikalı yazar şu örneği veriyor; vatandaş olmayan, ama yasal oturma izni olan bir Filistinli, İsrail'i protesto etmek ve Arafat'a destek olmak amacıyla kongre önünde bir kısım insanlara bildiri dağıtsa ve para toplasa; birlikte faaliyette bulunduğu insanlar da, ABD Hükümeti'nce terörist örgüt sayılan Filistin'in kurtuluşu için halk cephesi üyesi olsalar, terörist aktiviteye dahil olmak, destelemek ve yardım etmekten sınır dışı edilebilecektir.⁵⁹ Filistinli, birlikte protesto eyleminde bulunduğu insanların, adı geçen örgüte üye olduklarını veya toplanan paranın nereye gittiğini bilmediğini, bilebilecek durumda olmadığını, yani bir anlamda masumiyetini ispat yükümü ile karşı karşıyadır; bunu başaramadığı takdirde çok ciddi müeyyidelerle karşılaşacaktır.

Bunun yanı sıra, hakkında sınır dışı davası süren göçmen ve yabancılar uygulanmak üzere, 11 Eylül'ü takiben 21 Eylül 2001'de Göçmen Mahkemeleri Baş Yargııcı Creppy tarafından bir genelge yayınlanmıştır. Buna göre, "özel yarar" bulunan hallerde yargılamalar, basına, kamuya ve bu kişilerin yakınlarına kapatılabilmektedir.⁶⁰ Özel yarar bulunması hali, terörle savaş kapsamında şüpheli bulunan yabancıların sınır dışı edilmesi davalarında söz konusu olmaktadır. Creppy Genelgesi'nin Anayasa'ya uygunluğu sorunu, iki ayrı davada Federal Temyiz Mahkemesi'nin iki ayrı dairesinde incelenmiş, farklı sonuçlara ulaşılmıştır. 6. Daire, duruşmaların basına kapalı yapılmasını Anayasa Ek 1.'deki basın haber alma ve verme özgürlüğüne aykırı bulunurken,⁶¹ 3. Daire Anayasa'ya aykırılık sorunu görmemektedir. Mevcut olaydaki zarar tehlikesi gösterilmeksizin duruşmaların kamuya kapatması, yabancıların adil yargılanma hakkı ve basın özgürlüğü üzerinde ciddi tereddütler yaratmaktadır. Bu konudaki hukuki belirsizlik devam etmektedir.

Amerikan siyasetinde 11 Eylül sonrası yaşanan korku ortamı, hukukta zarar tehlikesi konusunda var olan mevcut kıstasların uygulama alanını etkilemiş görünmektedir. Nitekim, mevcut şartlar altında açık mevcut

⁵⁸ 8 USC, § 1182 (a), (3), (B), (iv), (IV), (cc).

⁵⁹ Aubrey Glover, "Terrorism: Aliens' Freedom of Speech and Association Under Attack in the United States," *Duq. L. Rev.* vol. 41, 2003, s. 379-380.

⁶⁰ Shunta Latrice Vincent, "An Alternative to the Blanket Closure of 'Special Interest' Deportation Hearings: Balancing the Press's Right to Access and the Government's National Security Interests," *Ala. L. Rev.* vol. 55, 2004, s. 409-410.

⁶¹ *Detroit Free Press v. Ashcroft* 303 F. 3rd 681, (6th Cir. 2002).

tehlike kriterinin uygulama alanı kalmadığının iddia edilebileceği kimi Amerikalı hukukçular tarafından söylenmekle beraber, zarar tehlikesi açık olmayan tehditler karşısında hakların sınırlanması, Amerikan doktrininde pek taraftar bulmamaktadır.⁶²

Vatanseverlik Yasası, özellikle yabancılar bakımından, toplu ve bireysel düşünceyi açıklama hakkını sınırlamanın, ancak somut bir zarar tehlikesinin varlığı halinde, istisnai ve ölçülü olarak mümkün olması prensiplerine uymamaktadır.

SONUÇ

Amerikan Anayasası, şimdiye kadar hayata geçirilen liberal anayasalar içerisinde, düşünceyi açıklama özgürlüğüne en çok kıymet verenlerin başında sayılabilmektedir. Anayasa, her türlü düşüncenin serbestçe tartışılıp ileri sürülebildiği ve ancak açık bir zarar tehlikesinin mevcudiyetinin ortaya konulduğu hallerde sınırlanabildiği bir siyasal düzeni tesis etmeyi amaçlamıştır. Amerikan Anayasası, bu amacında bir çok liberal ülke anayasasına ilham kaynağı olacak şekilde başarılı olmuş sayılmalıdır.

Düşünceyi açıklama hakkı, siyasal düzlemde oldukça kuvvetli şekilde korunmaktadır. Bu koruma kalkanı, ifadenin çeşitli araçlarla ve değişik şekillerde yayılmasını da kapsar şekilde anlaşılmaktadır. Hakkın koruma alanı, yalnız siyasal düşünce açıklamaları için değil; sanatsal, geçerli bir kamu yararının görüldüğü hallerde, ticari ifadeler ve hatta hiç bir sanat ve düşünce değeri taşımayan ifadeler (pornografi gibi) için de geçerli kabul edilmiştir.

Bununla beraber, toplumda kimi kollektif tehditlerin varlığının önemli ölçüde hissedilmesi, anayasanın liberal hedeflerinden sapmalara olanak tanımaktadır. Yasama ve yürütme organları, özgürlükleri, kriz dönemlerinde gerekli bir kalkan gibi değil de, kötüye kullanılan zararlı bir engel olarak sunabilmekte ve yargı da toplumdaki yaygın korkuya teslim olabilmektedir.

II. Dünya Savaşı'nda Japon asıllı tüm Amerikalıların toplama kamplarına kapatılması, McCarty dönemindeki abartılı anti-komünist tedbirler ve 11 Eylül sonrası düzenlemeler, yukarıda tarif ettiğimiz durumun Amerikan tarihindeki tezahürleri olarak kabul edilmektedir.⁶³ Görülmüştür ki;

⁶² Gross, *a.g.e.*, s. 24.

⁶³ Jacob R. Lilly, "National Security At What Price?: A Look Into Civil Liberty Concerns In The Information Age Under The USA Patriot Act Of 2001 And A Proposed Constitutional Test For Future Legislation", *Cornell J. L. & Pub. Pol'y*, vol. 12, 2003, s. 447.

bu gibi dönemlerde toplum, sonradan oldukça abartılı olduğu düşünülen şekillerde, hayati bir zarar tehlikesinin varlığına inanmaktadır. Çoğu zaman, varlığına soyut halde inanılan bu tehdide karşı hükümetlerin getirdiği tedbirler ise, ölçülülük testinden başarı ile geçememektedir. En kötüsü ise; hakların, korunmasına en çok ihtiyaç duyulan anlarda, soyut zarar tehlikesinin sorgulanmaz varlığı nedeni ile, etkisizleştirilmesi olmaktadır.

11 Eylül sonrası yıllar, bu halin Amerikan Anayasal tarihindeki en son tezahürü olarak, açık mevcut tehlike kriterinin, en azından yasal düzlemde, sekteye uğradığı yıllar olarak anımsanacaktır.

Bununla beraber, bu dönemler uzun süreli olmamakta, liberal bir karşı dalga ile kesilmektedir. Nitekim, yakın zamanda ABD Yüksek Mahkemesi, verdiği bir kararda, hukuk devletinin ve yargı denetiminin önemini vurgulayarak, terörle savaşta anayasal hakların bir kenara itilemeyeceğini belirtmiştir.⁶⁴ Bu karar, terörle savaşta hakları ve hukuk devletini bir mani olarak gören anlayışın koruma bulmayacağı yönünde umutlar vermekte ve yeni bir liberal karşı dalganın oluşum halinde olduğunu düşündürmektedir.

⁶⁴ Rasul v. Bush (03-334), Geniş bilgi ve tepkiler için bkz., American Civil Liberties Union web sitesi, <http://www.aclu.org/court/court.cfm?ID=16029&c=261> (en son 13 Temmuz 2004'te ziyaret edildi).

ANONİM ŞİRKETLERDE SERMAYE PAYINI GERİ ÖDEME YASAĞI

Dr. Beşir Fatih DOĞAN*

I. YASAĞIN ÖNEMİ VE AMACI

Her anonim Şirket Türk Ticaret Kanunu gereği belli miktarda sermaye ile kurulmak (TTK m. 272) ve bu kuruluş sermayesini veya daha sonra sermaye artırımına gitmiŐe artırılan miktardaki ana sermayeyi korumak zorundadır. Şirketin belli miktarda sermaye toplaması gerektiği kuralı, sermayenin elde tutulmasını sağlamak amacıyla sermayenin korunmasına yönelik kurallarla desteklenmiŐtir. Bu kurallar;

- Sermaye payını geri ödeme yasağı,
- Esas sermayeye faiz ödeme yasağı,
- Şirketin kendi hisselerinin geri edinmesi veya rehin alması yasağı,
- Yasağa aykırı olarak edinilen edimlerde sorumluluk,

Anonim Şirketler bir sermaye Şirketi olması sebebiyle alacaklılarına karşı TTK 269/1 maddesi uyarınca sadece Şirket kendisi ve sermayesi ile sorumludur. Hissedarların alacaklılara karşı herhangi bir sorumluluğu yoktur. Hissedarların sorumluluğu TTK 269/2 maddesi gereği Şirkete sermaye paylarının karşılığı olan miktarı ödemeleri ile sona ermektedir. Şirket alacaklılarına karşı Şirket sermayesinin yetmediği noktada hissedarların özel malvarlığına dokunulamamaktadır. Hissedarların ödediği sermaye payları Şirket sermayesini meydana getirmekte ve sadece bu miktar alacaklıların alacaklarına bir güvence teşkil etmektedir. Bu sebepten dolayı Şirket ana sermayesinin korunması esastır ve hissedarlar tarafından ödenen sermaye paylarının geri ödenmesi Şirket ana sermayesinin korunması amacıyla kural olarak yasaklanmıştır. TTK 405. maddesinin 2. fıkrasına göre "*pay sahipleri sermaye olarak Şirkete verdiklerini geri isteyemezler*". Bu yasak çift taraflıdır.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

Hissedarlar şirkete ödedikleri sermaye payını geri isteyemedikleri gibi, şirkette hissedarlara ödenen sermaye paylarını herhangi bir şekilde geri veremez.¹ Bu yasağın uygulanması açısından hissedarların hile veya hata ile sermaye taahhüdüne sevk edilmiş olması da fark yaratmamaktadır.² Sermaye payını geri ödeme yasağı, şirket ana sermayesinin hissedarlara uygun olmayan kar dağıtımları³ veya herhangi bir menfaat sağlanması yolu ile azaltılmasını önlemeyi amaçlamaktadır.⁴ Sermaye payını geri ödeme yasağı alacaklıların yanı sıra hissedarlar açısından da önem arz etmektedir. Bu yasak kimi hissedarlara sermaye payının geri ödenmesi neticesinde ortaya çıkabilecek hissedarlar arasında eşitsiz uygulamayı da önlemektedir.

Bu yasak Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda da (APOK) düzenlenmiştir. Bu Kanun'un 57. maddesi uyarınca hissedarlara ne sermaye payları geri ödenebilir ne de bu sermaye payları karşılığı herhangi bir faiz ödenebilir. Şirket sona ermeden önce hissedarlara sadece kar payı dağıtılabilir. Ayrıca şirket tarafından geçerli olarak geri satın alınmış hisse senetlerine karşılık olarak verilen ücretler bu yasak kapsamında değildir.

II. YASAĞIN KONUSU

TTK 405. maddesinin 2. fıkrası gereği hissedarlar şirkete sermaye olarak ödediklerini geri isteyemezler. Madde bu haliyle lafzen yanlış anlamaya sebebiyet verecek şekilde düzenlenmiştir. Oysa maddenin mana ve amacından koruma altına alınanın sadece hissedarların ödediği sermaye payları değil, aynı zamanda alacaklıların ve hissedarların menfaatleri gereği tüm şirket sermayesi olduğu anlaşılmaktadır.⁵ Bu düzenleme şirketin, pay sahibi olmaları sebebiyle hissedarlarına bilanço karı veya kanunen istisna olarak izin verilmiş haller dışında herhangi bir menfaat sağlanmasını yasaklamaktadır.⁶

Yasağın değerlendirilmesinde faydanın kuruculara, sermaye payını ödeyenlere veya daha sonraki hissedarlara sağlanmış olmasının hiçbir öne-

¹ Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C. 2, 1981, s. 948.

² Arslanlı, *Anonim Şirketler*, C.1, 1960, s. 192; Doğanay, s. 948.

³ YTD 3.4.1967 E. 1343/K. 1352, Eriş, *Açıklamalı, İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu*, C. 1, Ticari İşletme ve Şirketler, 1992, s. 1267.

⁴ Müller, *Beck'sches Handbuch der AG-mit KGA-Gesellschaftsrecht-Steuerrecht-Börsengang*, 2004, § 8, Rn. 20.

⁵ Hefermehl/Bungeroth, *Aktiengesetz*, Band 1 §§ 1-75, 1973-1984, § 57, Rn. 4; Hüffer *Aktiengesetz*, 2004, § 57, Rn. 3.

⁶ Lutter, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Hrsg. Von Wolfgang Zöllner, Band 1 §§ 1-147 AktG, 1986; § 57, Rn. 5; Hefermehl/Bungeroth, § 57, Rn. 4.

mi yoktur.⁷ Ayrıca sağlanan faydanın konusunun ödenen sermaye payının çeşidiyle –mesela bir eşya– aynı olması da gerekmemektedir.⁸ Önemli olan şirket sermayesinin miktar olarak azalmasıdır. Belirtildiği üzere amaç sadece ana sermayenin korunması olmadığından, serbest yedek akçelerden pay sahiplerine normal bir kar payı olarak değil de hissedar olmaları sebebiyle sağlanacak şirket aktifini azaltıcı bir fayda sermaye payının geri ödenmesi yasağı kapsamında değerlendirilecektir.⁹

Ayrıca yasağın kapsamına sermaye paylarının yanı sıra sermaye payına ödenecek faizler de girmektedir. Çünkü sermaye payına faiz ödemek de şirket sermayesini azaltmaktadır. Ancak bu durum geri ödeme yasağını düzenleyen TTK 405/2 maddesinde değil TTK 470/1 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “*esas sermayeye faiz ödenemez*”.

TTK 405/2 maddesi anonim şirketin hissedarlarına sağlayacağı faydaları kapsamaktadır. Bu kapsam sermaye payının geri ödenmesi yasağına uygun düşmekle birlikte, sınırlayıcı bir düzenleme olarak anlaşılmalıdır. Şirket adına hareket eden üçüncü kişilerin pay sahiplerine sağlamış olduğu şirket sermayesini azaltıcı faydalar da TTK m. 405/2 kapsamındadır. Aynı şekilde, şirket tarafından üçüncü kişilere sağlanan faydalar da, amacı onu gerektirdiği takdirde yasağın kapsamına girmektedir. Çünkü şirketin sağladığı faydayı edinen kişinin sermaye payını ödeyen kişi ile aynı kişi olması gerekmemektedir.¹⁰

III. GERİ ÖDEME YASAĞI'NIN ÇEŞİTLERİ

Sermaye payı değişik yollarla geri ödenebilir. Açık veya gizli şekilde geri ödeme, üçüncü kişi tarafından veya üçüncü kişiye yapılan geri ödeme bu yasağın çeşitleridir.

a. Sermaye Payının Açıkça Geri Ödenmesi

Sermaye payının açıkça geri ödenmesi hallerinden bazıları, kar payına ilişkin verilen avanslar, kanuna ve sözleşmeye uygun olmayan kar dağıtımları, hissedarları genel kurula katılmaya sevk etmek amacıyla sağlanan menfaatler, genel kurul kararlarının iptali için dava açma hakkından vaz-

⁷ Baumbach/Hueck, *Aktien-gesetz*, 1968, § 57, Rn. 4; Bayer, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4*, Aktiengesellschaft, 1999, § 57, Rn. 8.

⁸ Lutter in Kölner Komm, § 57, Rn. 5.

⁹ Wilhelm, *Die Vermögensbindung bei der Aktiengesellschaft und der GmbH und das Problem der Unterkapitalisierung*, FS Flume, Bd II 1978, s. 338 vd.; Hüffer, § 57, Rn. 3.

¹⁰ Hüffer, § 57, Rn. 4.

geçme karşılığı sağlanan menfaatler ve kanuna aykırı olarak geri edinilen hisse senetlerine karşılık olarak verilen bedellerdir.

b. Sermaye Payının Gizli Olarak Geri Ödenmesi

TTK m. 405/2 lafzında “*sermaye olarak getirdiklerini*” gibi dar bir ifade kullanılmış olsa da, maddenin mana ve amacından, sermaye payı dışında başka menfaatlerin edinilmesinin de yasak kapsamına girdiği anlaşılmaktadır. Sermayenin korunması prensibi doğrultusunda bu tip başka menfaatler sağlanması sermaye payının gizli olarak geri ödenmesi olarak değerlendirilebilir. Sermaye payının açık bir şekilde geri ödenmesi kolayca tespit edilebildiğinden genelde sermaye payları gizli olarak geri ödenmektedir.

Anonim şirketler üçüncü kişilerle yaptığı gibi kendi hissedarlarıyla da hukuki işlemler yapabilir ve onlara karşı edim yükümlülüğü altına girebilirler. Normal bir hukuki ilişkide sermaye payının geri ödenmesinden söz edilemez. Çünkü hissedarlar da aynen üçüncü kişiler gibi şirketin edimine karşı bir edim ifa etmektedir. Ancak böyle bir hukuki ilişkide hissedara pay sahibi olması sebebiyle farklı bir menfaat sağlanırsa sermaye payı gizli olarak geri ödenmiş olacaktır.¹¹ Bu neticeye varılmasında hissedarın, bu sıfatı sebebiyle kendisine bir menfaat sağlanmış olmasını bilmesi herhangi bir rol oynamamaktadır.¹²

Normal bir hukuki işlem ile, sermaye payının gizli olarak geri ödenmesinin her olayda birbirinden ayrılmasının kolay değildir. Şirketin hissedarı ile yaptığı bir hukuki işlemde sermaye payının gizli olarak geri ödenmesinin söz konusu olup olmadığının tespitinde objektif ve sübjektif olmak üzere iki kriterden faydalanılır. Objektif kriter gereği, yapılan hukuki işlemde edimler arasında denge olmalıdır. Eğer edimler arasında bir dengesizlik varsa, yani şirket üçüncü bir kişi ile aynı hukuki işlemi aynı şartlarla yapmayacaksa objektif kriter gerçekleşmiş demektir.¹³ Edimler arasındaki dengenin ölçüsü piyasa fiyatıdır. Şirket alıcı olarak hissedarlarından piyasa fiyatından yüksek bir fiyata mal almışsa veya satıcı olarak piyasa fiyatından düşük bir fiyata pay sahiplerine mal satmışsa ve bu dengesizliği makul gösterecek yeterli ticari sebepler yoksa sermaye payı gizli olarak geri ödenmiş olacaktır.¹⁴

¹¹ Hefermehl/Bungeroth, § 57, Rn. 11.

¹² Luther, *Die genossenschaftliche Aktiengesellschaft*, 1978, s. 37; Hefermehl/Bungeroth, § 57, Rn. 13.

¹³ Bkz., Lutter in Kölner Komm., § 57, Rn. 10; Jaeger, *Aktiengesellschaft Unter besonderer Berücksichtigung der KgaA*, 2004, § 29, Rn. 12.

¹⁴ BGH, NJW 1987, s. 1195; Müller in Beck AG-HB, § 8, Rn. 41.

Burada tartışmalı olan husus, sermaye payının geri ödenmiş olması için objektif kriterin gerçekleşmesi yeterli midir, yoksa objektif kriter yanı sıra subjektif kriterin de gerçekleşmesi gerekir mi? Subjektif kriter, şirketin karşı edimini bilerek sadece karşı tarafın hissedar olması sebebiyle ifa etmesidir. Bu kriterin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde aynı hukuki işlemin aynı şartlarla hissedar olmayan üçüncü bir kişi ile de yapılabilecek olması önem arz etmektedir.¹⁵ Şirketin hukuki işlemin gerçekleşme anında karşı tarafın hissedar olduğunu bilmemesi, bu işlemin hissedar olmayan biri ile de yapılabileceğini göstermektedir. Aynı neticeye şirketin karşı tarafın hissedar olduğunu bildiği ancak bu bilginin hukuki işlemi yapmada herhangi bir rol oynamadığı durumda da varılır.¹⁶ Ancak subjektif kriterin tespitinde hissedarın, bu sıfatı sebebiyle kendisine bir menfaat sağlanmış olmasını bilmesi herhangi bir rol oynamamaktadır.¹⁷

Bir kısım görüş sahipleri, objektif kriterin gerçekleşmesinin sermaye payının geri ödenmesi için tek başına yeterli olduğunu savunmaktadırlar.¹⁸ Buna karşılık hakim olan görüş, objektif kriterin yanı sıra subjektif kriterin de gerçekleşmesinin gerektiğini savunmaktadır.¹⁹ Kanaatimizce isabetli olan hakim görüştür. Yapılan hukuki işlemde edimler arasında bir dengesizlik varsa ve bu dengesizlik karşı tarafının sadece hissedar olması sebebiyle şirketçe bilerek meydana getirilmişse sermaye payı geri ödenmiş olacaktır. Ancak bazı durumlarda, subjektif kriter aranmaksızın tek başına objektif kriterin gerçekleşmesi de sermaye payının geri ödenmiş olduğunu gösterebilir. Örneğin; bir hukuki işlem doğası gereği sadece şirket ile hissedarlar arasında yapılabiliyorsa, subjektif kriter aranmaksızın edimler arasındaki dengesizlik sermaye payının geri ödenmesi neticesini doğurur.²⁰ Şirketin kendi hisselerini geri edinmesi bu duruma güzel bir örnektir.

¹⁵ Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, 1988, s. 441.

¹⁶ Hefermehl/Bungeroth, § 57, Rn. 13.

¹⁷ Luther, s. 37; Hefermehl/Bungeroth, § 57, Rn. 13; Müller in Beck AG-HB, § 8, Rn. 42.

¹⁸ Müller in Beck AG-HB, § 8, Rn. 42; Gail, *Aktienrechtliche Rückgewähr von Einlagen und steuerliche Gewinnausschüttung – Gemeinsamkeiten und Unterschiede*, WPg 1970, s. 240; Lutter in Kölner Komm, § 57, Rn. 26; Fiedler, *Verdeckte Vermögensverlagerungen bei Kapitalgesellschaften*, 1994, s. 8; Luther, s. 37.

¹⁹ BGH, NJW 1996, s. 590; OLG Karlsruhe, WM 1984, s. 656; Barz, *Grosskommentar zum Aktiengesetz, Band 1, Halbband §§ 1-75*; 1973, § 57, Anm. 3; Flume, *Der Gesellschafter und das Vermögen der Kapitalgesellschaft und die Problematik der verdeckten Gewinnausschüttung*, ZHR 144 (1980), s. 22; Gessler, *Zur handelsrechtlichen verdeckten Gewinnausschüttung*, Festschrift für Robert Fischer, 1979, s. 136 vd.

²⁰ Flume, s. 22.

c. Üçüncü Kişinin Hissedara Menfaat Sağlaması

Üçüncü kişilerin –hukuki veya ticari olarak– şirket hesabına hissedarlara menfaat sağlaması TTK. 405/2 maddesinde açıkça düzenlenmemiştir. Ancak şirket sermayesi üçüncü kişilerin bu tip işlemleri ile azaltılma tehlikesine maruz kalabilir.²¹ Bu sebepten dolayı, üçüncü kişinin şirket hesabına hissedara menfaat sağlaması aynen şirketin kendisi bu menfaati sağlamış gibi değerlendirilir ve sermaye payının geri ödenmesi yasağı kapsamına girer. Fakat üçüncü kişi hissedarla yapmış olduğu geçerli sözleşmeye dayanarak şirkete karşı herhangi bir hak talebinde bulunamaz.

Yavru şirketin, ana şirketin hissedarlarına menfaat sağlaması da sermaye payının üçüncü kişi aracılığıyla geri ödenmesidir ve yasak kapsamına girer. Çünkü sermayenin korunması açısından yavru ve ana şirketin sermayesi tek bir sermaye olarak kabul edilir.²²

d. Üçüncü Kişiyi Menfaat Sağlanması

Anonim şirketlerin üçüncü kişilerle hukuki ilişki kurması ve bu ilişki gereği üçüncü kişiye herhangi bir menfaat sağlaması kural olarak yasak değildir. Ancak bu üçüncü kişi eski bir ortak veya gelecekte şirkete ortak olacak bir kişi ise, bu kişilerle şirketin hukuki ilişki kurması ve onlara bu sıfatları sebebiyle menfaat sağlaması sermaye paylarının geri ödenmesi yasağı açısından önem arz eder. TTK 405. maddesi sadece pay sahiplerinin ödedikleri sermaye paylarını geri isteyemeyeceklerini düzenlemiş olsa da, maddenin mana ve amacından, şirketin, eski ortağına veya gelecekte şirkete ortak olacak kişiye bu sıfatları sebebiyle menfaat sağlaması da sermaye payının geri ödenmesi olarak değerlendirilebilir. Örneğin; şirket bir hissedarına pay sahibi olduğu dönemde bu sıfatı gereği bir menfaat sağlamayı vaat etmiş ve hissedarlığı sona erdikten sonra bu menfaati sağlamışsa sermaye payını geri ödemiş, yani şirket sermayesini azaltmış olacaktır. Aynı sonuç gelecekte hissedar olacak kişilere şirketin, bu sıfatları gereği bir menfaat sağlaması halinde de geçerlidir.²³

Aynen şirket hesabına üçüncü kişi tarafından hissedara menfaat sağlanması halinde olduğu gibi, şirket tarafından hissedar hesabına üçüncü bir kişiye menfaat sağlanması da TTK 405. madde kapsamında sermaye payının geri ödenmesi olarak değerlendirilir ve yasak kapsamına girer. Bu

²¹ OLG Hamburg, AG 1980, s. 278; Bayer in Münch. Komm. AktG, § 57, Rn. 42.

²² Hüffer, §57, Rn. 13; Müller in Beck AG-HB, § 8, Rn. 50.

²³ Lutter in Kölner Komm, § 57, Rn. 40; Canaris, *Die Rückgewähr von Gesellschaftereinlagen durch Zuwendungen an Dritte*, Festschrift für Robert Fischer, 1979, s. 32 vd.; Hüffer, § 57, Rn. 14.

menfaat sağlamanın sebebini hissedar ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişki oluşturmaktadır.²⁴ Şirketin, hissedarının bir borcunu alacaklısına ödemesi bu duruma bir örnek teşkil etmektedir.

Şirketin, bir hissedarına dolaylı yoldan menfaat sağlamak amacıyla üçüncü bir kişiyle hukuki ilişki içine girerek ona menfaat sağladığı takdirde de sermaye payı geri ödenmiş olacaktır. Üçüncü kişinin pay sahibine yakın bir şirket veya kişi olması ve sağlanan menfaatten dolaylı yoldan da olsa fayda sağlaması bu neticeye varmada yeterlidir.²⁵ Yakın kişi olmak için üçüncü kişinin hissedarın eşi veya akrabası olması gerekmemektedir. Önemli olan sağlanan menfaatten hissedarın üçüncü kişi aracılığıyla dolaylı yoldan faydalanmasıdır.²⁶

Hissedara dolaylı yoldan menfaat sağlamak amacı güdülmeksizin, hissedarın bir yakınına sadece bu yakınlık sebebiyle bir menfaat sağlandığı takdirde yasak yine gündeme gelecektir. Ancak böyle amaçla hareket edilmemiş olsa da, bu durumda da hissedar dolaylı yoldan fayda elde edecek olmalıdır. Hissedarın yakın akrabalarına mesela kardeşine bir menfaat sağlanması, bu menfaatten hissedarın da bir fayda elde edeceğine işarettir. Eğer menfaat hissedarın eşine veya çocuğuna sağlanmışsa, aynen kendisine sağlanmış gibi yasak ihlal edilmiş olacaktır.²⁷

IV. GERİ ÖDEME YASAĞININ İSTİSNALARI

TTK 405/2 maddesinde her hangi bir düzenleme olmamakla beraber sermaye payını geri ödeme yasağının bir takım istisnaları mevcuttur. Ancak bu istisnalar ayrı bir makale konusu olması sebebiyle burada sadece hisse senetlerinin geri edinilmesi ve sermayenin azaltılması konularına değinilecektir.

a. Hisse Senetlerinin Geri Edinilmesi

Anonim şirket TTK 329. maddesine göre hisse senetlerini bir bedel karşılığında geri edindiğinde hissedarın pay sahipliği sona ermekte, buna karşılık şirket ödediği edinme ücreti ile sermaye payını kısmen veya tamamen geri ödemiş olmaktadır.²⁸ Hisse senetlerinin bir bedel karşılığı geri edinilmesi bu yönüyle kural olarak sermaye payının geri ödenmesi yasağı

²⁴ Gessler, s. 145.

²⁵ Döllerer, *Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen*, 1990, s. 46 vd.

²⁶ Canaris, s. 39; Döllerer, s. 37.

²⁷ Hefermehl/Bungeroth, § 57, Rn. 29; Gessler, s. 145; Döllerer, s. 37; Canaris, s. 38 vd.

kapsamındadır.²⁹ Ancak hisse senetlerinin kanuna uygun şekilde geri edinilmesi şirketlerin menfaati geri olduğundan bu müessese yasak kapsamı dışında bırakılması gerekir.³⁰ Ancak TTK 405/2 maddesinde bu şekilde bir istisnaya yer verilmemiştir. Buna karşılık Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'da bu husus açıkça hükme bağlanmıştır. APOK 57/1 maddesine göre, bu Kanun'un 71. maddesinde düzenlenen hisse senetlerinin geri edinilmesi geri ödeme yasağına istisna teşkil etmektedir.

Ancak belirtmek gerekir ki, hisse senetlerinin kanuna uygun şekilde geri edinilmesi kural olarak yasağa istisna teşkil etse de, belli hallerde geri edinme yasağı kapsamına girebilir. Bu durumun tespitinde sermaye paylarının açıkça değil gizli bir şekilde geri ödenmesi yöntemi dikkate alınmalıdır.³¹ Hisse senedi karşılığında ödenecek edinme ücretinin alt ve üst sınırlarının tespiti ve bu sınırların yanlış tespitinden doğabilecek tehlikeler konusunda kanunda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu sebepten dolayı hisse senetlerinin kanuna uygun şekilde geri edinilmesi belli sınırlamalara tabi tutulması gerekmektedir.

Geri edinme ücretinden sadece satın alma ücreti değil, hisse senedini satın alabilmek için ödenen miktar ile hisse senedinin piyasa fiyatı arasındaki farkı oluşturan prim de anlaşılmalıdır. Prim ödenmesi hisse senetlerinin geri edinilebilmesi için kullanılan önemli bir araçtır. Burada sorulması gereken soru, şirketin prim ödemesinin tek başına, hisse senetlerinin geri edinilmesini, sermaye payını geri ödeme yasağının kapsamına sokup sokmayacağıdır. Hisse senetlerinin geri edinebilmek için ödenmesi

²⁸ Hisse senetleri geri edinildiğinde edinilen hisseler şirket sermayesinin bir parçasını oluşturmakta ve ödenen hisse senedi bedeline karşı, şirket sermayesine başka bir şirkete hissedar olma halinde olduğu kadar ekonomik fayda sağlanamamaktadır (Benckendorff, *Erwerb eigener Aktien im deutschen und US-amerikanischen Recht*, 1998, s. 84). Hisse senetlerinin ana sermayeyi veya kanuni yedek akçeleri azaltarak geri edinilmesi ve karşılığında şirketin kriz anlarında kullanabileceği bir sermaye değeri edinmemesi, şirket alacaklılarının menfaatlerine aykırılık teşkil etmektedir (Ziebe, *Der Erwerb eigener Aktien und eigener GmbH-Geschaeftsanteile in den Staaten der Europaeischen Gemeinschaft*, 1982, s. 47 vd; Hueck, *Gesellschaftsrecht*, 1997, s. 256). Ancak şirket ödediği edim karşılığında hiçbir değeri olmayan hisse senetleri almışta değildir. Şirket edindiği bu hisse senetlerini örneğin; borsada sermaye elde etmek amacıyla satabilir (Wast/Wagner/Lau, *Der Erwerb eigener Aktien aus juristischer Sicht*, 1997, s. 55; Benckendorff, s. 84).

²⁹ Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku* 1982, s. 267; Hettlage, *Die AG als Aktionær*, AG 1981, s. 97; Huber, *Zum Aktienerwerb durch auslaendische Tochtergesellschaften*, *Festschrift für Konrad Duden*, 1997, s. 161 vd.; Canaris, s. 33; Saria, *Schranken beim Erwerb eigener Aktien nach § 71 I Nr. 8 AktG*, NZG 2000, s. 458; Godin/Wilhelmi, *Aktiengesetz*, Band I, §§ 1-178, § 57, Anm.8.

³⁰ Hüffer, §57, Rn. 20; Hefermehl/Bungeroth, § 57, Rn. 38.

³¹ Saria, s. 459.

gereken miktardaki primler yasak kapsamına girmemektedir.³² Ancak şirketler hisse senetlerini geri edinirken yüksek miktarda prim ödeyerek sermayenin korunması ilkesini ihlal edebilmektedir. Bu şekilde yüksek prim ödemelerinde, makul olamayan prim miktarı ile ödenebilecek makul prim miktarı arasındaki fark sermaye payının gizli olarak geri ödenmesine sebep olmaktadır.³³ Ayrıca yüksek ödenen geri edinme ücretinin makul bir ücret olup olmadığının tespitinde, ödenen ücretin bilanço karından veya serbest yedek akçelerden ödenmiş olması hiçbir rol oynamamaktadır.³⁴

Açıklığa kavuşturulması gereken önemli bir konu da, hangi ücret miktarının veya primin makul edinme ücretinin tespitinde ölçü olarak kabul edileceğidir. Bu hususta Türk Ticaret Kanunu'nda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Makul ücretin ortaya konulmasında, payların geri edinilmesi aynen üçüncü kişi ile yapılan bir işlem gibi kabul edilecek ve edimler arasındaki objektif dengenin tespitinde kullanılan genel kurallar dikkate alınacaktır.³⁵ Hisse senetlerinin piyasa değeri veya borsa kuru makul ücretin tespitinde en önemli kıstastır. Herhangi bir borsa kuru olmayan bir hisse senedi herhangi bir zorlukla karşılaşmadan piyasa değeri üzerinden geri edinilebilir. Ancak borsaya kayıtlı olan hisse senetlerinin geri edinilmesinde makul ücretin tespiti açısından zorluklar vardır. Hakim olan görüşe göre hisse senetleri aktüel borsa kuru üzerinden geri edinilebilir. Borsa kurunu aşan bir ücretle hisse senedi geri edinilmesi sermaye payını geri ödeme yasağı kapsamına girer.³⁶ Bu doğrultuda sermaye piyasası kurulunun seri VI no 6 sayılı tebliğinin 18. maddesinde bir sınırlama getirilmiş ve yatırım ortaklıklarının kendi hisse senetlerini, borsa fiyatını aşan bir ücret ödeyerek satın alamayacağı ve bu fiyattan daha aşağı bir ücret karşılığında satamayacağı hükme bağlanmıştır.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, aktüel borsa kurunun, spekülasyona çok açık olması ve devamlı değişmesi sebebiyle her zaman

³² Bosse, Zulaessigkeit des Individuell ausgehandelten Rückkaufs eigener Aktien ("Negotiated Repurchase") in Deutschland, NZG 2000, s. 18.

³³ Kraft/Altwater, *Die zivilrechtliche, bilanzielle und steuerliche Behandlung des Rückkaufs eigener Aktien*, NZG 1998, s. 451 vd.; Wastl, Erwerb eigener Aktien nach dem Referententwurf zur Aenderung des AktG und des HGB, DB 1997, s. 464, dp. 45; Piepenburg, Sind die Vorschriften zum Rückkauf eigener aktien zeitgemaess? Sollte das in § 71 ff. AktG geregelte - mit engen Ausnahmen versehene - grundsatzliche Verbot aufgehoben werden?, BB 1996, s. 2584; Klingberg, Der Aktienrückkauf nach dem KonTraG aus bilanzieller und steuerlicher Sicht, BB 1998, s. 1579.

³⁴ Benckendorff, s. 87.

³⁵ Bosse, s. 18, Hefermehl/Bungeroth, § 57, Rn. 38.

³⁶ Aytac, Sermaye Piyasası Yardımcı Kuruluşu Olarak Menkul Kıymetler Yatırım Ortaklıkları, *Sermaye Piyasası Araçlar Semineri*, 1984, s. 269 vd. Yazar aksi takdirde şirket alacaklılarının ve hissedarlarının zarar göreceğini ve durumun sermaye şirketlerinden kaçışa sebep olacağını da iddia etmektedir.

hisse senedinin gerçek değerini yansıtmamasıdır. Ayrıca borsa kuru belli olan hisse senetlerinin sadece borsa fiyatından geri edinilebileceği şeklindeki bir sınırlama hisse senetlerinin borsa dışında gerçek değerinden geri edinilmesini engelleyecektir. Bu durum ayrıca hisse senetlerinin geri edinilme sebeplerinden biri olan borsa kurunu aşırı düşmelere karşı koruma imkanının kullanılmasını engelleyecektir.

Borsa fiyatı belli olan hisse senetlerinde makul geri edinme ücretinin ölçüsü borsa fiyatına bağlı olan, alt ve üst sınırları belirlenmiş bir fiyat bandıdır. Bu fiyat bandı sayesinde şirket esnek hareket etme imkanı bulacak ve en uygun fiyata hisse senedini pay sahiplerinden edinme ve tekrar satma imkanı bulacaktır.³⁷ Şirket genel kurulu hisse senetlerini geri edinme yetkisi verirken bu bandı da belirlemelidir. Ancak alt ve üst sınırlar belirlenirken sermaye payını geri ödeme yasağının sınırları dikkate alınmalıdır. Bu sayede geri edinme ücreti kontrol edilmiş ve şirket yönetim kurulunun bu imkanı kötüye kullanması ve şirket sermayesini azaltma tehlikesi önlenmiş olacaktır. Bu şekilde bir çözüm kanunun amacına da uygundur. Sonuç olarak, borsa kuru makul olan geri edinme ücretinin tespitinde tek başına ölçü değildir.³⁸

Eğer hisse senedinin ne piyasa fiyatı belli nede borsa kuru mevcutsa, makul olan geri edinme ücretinin tespitinde üçüncü bir kişinin bu hisse senedine ne kadar ücret vereceği ölçü olarak dikkate alınmalıdır.³⁹

b. Şirket Sermayesinin Azaltılması

Şirket sermayesinin azaltılması ile de sermayenin bir kısmı hissedarlara dağıtılabilmektedir. Ancak sermaye azaltılması sermaye payını geri ödeme yasağına istisna teşkil eden diğer bir durumdur. Sermaye azaltılmasının geri ödeme yasağına istisna teşkil edebilmesi için, bu süreç içerisinde yapılması gereken işlemlerinin geçerli bir şekilde yapılması gerekmektedir.⁴⁰ Bu işlemlerden herhangi biri yerine getirilmediği veya sermaye azaltma işlemi geçersiz olduğu takdirde, mesela azaltmaya ilişkin genel kurul kararı geçersiz ise (TTK m. 388/3,4) veya alacaklıların alacakları ödenmemiş

³⁷ Bu durumda yönetim kurulu gerekli ihtimamı göstermeli, şirket ve hissedarların menfaatleri doğrultusunda hareket etmelidir.

³⁸ Saria, s. 462.

³⁹ Wassermeyer, Der Erwerb eigener Anteile durch eine Kapitalanlagegesellschaft – Überlegungen zur Rechtssprechung des I. Senats des BFH. in: Ertragsbesteuerung – Zurechnung – Ermittlung – Gestaltung. Festschrift für Ludwig Schmidt zum 65. Geburtstag. Hrsg. Von Arndt Raupach und Adalbert Uelner, 1993, s. 629.

⁴⁰ Bkz., Domaniç, Anonim Şirketler, 1978, s. 1111.

veya güvence altına alınmamış ise (TTK m. 397), yapılan sermaye indirimi geri ödeme yasağı kapsamına girecektir. Aynı durum hissedarlara sermaye indiriminin gerektirdiğinden fazla miktarda bir ödeme yapıldığı takdirde de geçerlidir.⁴¹

V. YASAĞA AYKIRILIĞIN NETİCELERİ

a. Hukuki İşlemin Geçersizliği

Anonim şirketle hissedarı arasında yapılmış olan ve TTK 405/2 maddesini ihlal eden hukuki işlemler kanuna aykırı olarak yapılmış olduğundan MK 19 ve 20. maddeleri gereği geçersizdir. Bu geçersizlik hem borçlandırıcı hem de ifa işlemini kapsamaktadır.⁴² Ayrıca, sermaye payının açık veya gizli olarak geri ödenmesi borçlandırıcı veya ifa işleminin geçersizliği açısından fark yaratmamaktadır.

Burada tartışmalı olan husus, yasağı ihlal eden hukuki işlemin tümünün mü, yoksa sadece işlemin geçersizliğine sebep olan kısmın mı geçersiz olduğudur. Hakim olan görüşe göre bu halde kısmi geçersizlik mümkündür.⁴³ Örneğin; pay sahibine hissesine karşılık piyasa fiyatının üzerinde bir ödeme yapıldığında sadece piyasa fiyatını aşan kısım geçersiz, geri kalan kısım ise geçerli olacaktır. Bu görüş sahipleri, özellikle, sermaye payını geri ödeme yasağını ihlal eden kısım bağımsız bir nitelik taşıyorsa, kısmi geçersizliğin söz konusu olabileceğini savunmaktadırlar. Kısmi geçersizliğin mümkün olduğuna dair bu görüş kanaatimizce isabetli değildir. TTK 405/2 maddesi bu hükme aykırı hukuki işlemleri düzeltici değil geçersiz sayıcı bir niteliğe sahiptir. Ayrıca, bu hükme aykırı olan işlem, aykırılığa esas teşkil eden kısım sebebiyle yapıldığından tamamen geçersiz olmalıdır.⁴⁴

Sermaye payını geri ödeme yasağına aykırı menfaati, şirket kendisi değil de üçüncü bir kişi şirket adına hissedara sağladıysa, hukuki işlem yukarıdaki durumun tersine geçerli olacaktır. Çünkü menfaat üçüncü kişi tarafından sağlandığında şirket sermayesi azalmamaktadır. Ancak menfaati bir yavru şirket sağlamışsa, yavru şirket ile ana şirketin sermayeleri, sermayenin korunması açısından tek bir sermaye olarak kabul edildiğinden yasak gündeme gelecektir.

⁴¹ Hefermehl/Bungeroth, § 57, Rn. 56.

⁴² Hüffer, § 57, Rn. 23; Lutter in Kölner Komm., § 57, Rn. 62 vd.; Bayer in MünchKomm. AktG, § 57, Rn. 144; Henze in Grosskomm., § 57, Rn. 203; Joost, Grundlagen und Rechtsfolgen der Kapitalerhaltungsregeln im Aktienrecht, ZHR 149 (1985), s. 421 vd.; Sonnelhol/Stütze, Auswirkungen des Verbots der Einlagenrückgewaehr auf Nichtgesellschafter, WM 1983, s. 5 vd.

⁴³ Döllerer, s. 338 vd.; Gessler, s. 139 vd.; Hefermehl/Bungeroth, § 57, Rn. 73.

⁴⁴ Müller in Beck AG-HB, § 57, Rn. 55.

Menfaat şirket tarafından hissedara değil de üçüncü bir kişiye sağlanmışsa hukuki işlem kural olarak yine geçerli olacaktır. Ancak üçüncü kişi eski ortak veya gelecekte ortak olacak olan bir kişi ise ve menfaat bu kişilere bu sıfatları sebebiyle sağlanmış ise, yapılan hukuki işlem yine geçersiz olacaktır.

c. Edimlerin Geri İadesi

Sermaye payını geri ödeme yasağını ihlal eden hukuki işlem BK 19 ve 20. maddeleri uyarınca geçersizdir. Eğer geçersiz hukuki işleme konu olan edimler henüz ifa edilmemişse, taraflar bu edimlerin ifasını talep edemezler. Buna karşılık taraflar edimlerini tam olarak ifa etmişlerse, yani işlemin türüne göre şirket menfaat konusu şeyi, hissedara devretmişse veya ücreti ödemişse ve buna karşılık hissedar da ücreti ödemişse veya malı devretmişse, edimlerin geri iadesi, mülkiyetin iadesi ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılacaktır. Taraflardan biri hukuki işlemin geçersizliğinden dolayı hala malik durumunda olduğundan, mülkiyetin iadesine ilişkin MK 618. maddesi ve karşı taraf malik olduğu bir şey karşılığında haksız yere bir edim elde ettiğinden, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin BK 61 ve devamı maddeleri uyarınca edimler geri iade edilecektir. Örneğin; menfaat konusu bir şey ise bu şey hissedarın malvarlığına geçmeyeceğinden, şirket bunu mülkiyetin iadesi talebiyle hissedardan isteyebilecek, buna karşılık hissedar da ödemediği ücreti şirketten sebepsiz zenginleşme kuralı gereği talep edebilecektir.

MK ve BK'ndaki bu düzenlemelerin yanı sıra, TTK 473. maddesinde pay sahiplerinin haksız yere ve kötü niyetle aldıkları kar payını ve hazırlık devresi faizini geri verme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Burada sadece sermaye payının geri ödenmesi hallerinden biri olan haksız yere ödenen kar payı düzenlenmiş olsa da, bu hüküm tüm geri ödeme halleri için geçerlidir. Dolayısıyla pay sahipleri haksız yere elde ettikleri sermaye paylarını geri vermekle mükelleftirler. Bu hüküm sayesinde şirket iade davası (istirdat) açabilecek ve ödemediği sermaye payını daha kolay bir yolla geri alabilecektir.

Bu hükme göre iade davası açıldığında hissedarın kötü niyetli olduğunu ispat yükü, hakim görüşüne göre davacı olan şirkete aittir.⁴⁵ Kanaatimizce ispat yükü şirkete değil hissedara ait olmalı ve hissedar kötü niyetli olmadığını ispat etmelidir. Çünkü bu hüküm zarara uğratılan şirket sermayesini tekrar eski haline getirmek amacıyla özel olarak düzenlenmiştir. Geri ödenen sermaye payının kolayca hissedardan alınabilmesi için ispat yükünün hissedara ait olması gerekir.

⁴⁵ Eriş, s. 1240.

VI. SONUÇ

Sermaye payını geri ödeme yasağı şirket sermayesinin korunması ve dolayısıyla şirketin kendisi, alacaklıları, hissedarları ve sermaye piyasası açısından büyük önem arz etmektedir. Ancak bu kadar önem arz eden konuyu düzenleyen TTK 405/2 hükmü eksiklikler içermektedir.

Madde metninde sadece hissedarların şirkete ödedikleri sermaye paylarının geri ödenemeyeceği hükme bağlanmış olmakla birlikte, sermaye payı dışında başka menfaatlerin edinilmesi de yasak kapsamına girmektedir. Edinilen başka menfaatlerin sermaye payının geri ödenmesi yasağı kapsamına girip girmediğinin tespitinde objektif kriter olan edimler arasındaki dengeye bakılmalıdır. Bu dengenin tespitinde ölçü ise piyasa fiyatıdır. Şirket hissedarı ile yapmış olduğu hukuki işlemi üçüncü bir kişi ile aynı şartlarla yapmayacaksa objektif kriter gerçekleşmiş olacaktır. Sermaye payının geri ödenip ödenmediğinin tespitinde objektif kriterin yanı sıra sübjektif kriter olan, şirketin karşı edimini bilerek sadece karşı tarafın hissedar olması sebebiyle ifa etmesi şartı da dikkate alınmalıdır.

Diğer taraftan, TTK 405/2 maddesinde düzenlenmemiş olmakla birlikte sermaye payının şirket adına hareket eden üçüncü kişi tarafından geri ödenmesi ve belli durumlarda şirketin üçüncü kişiye menfaat sağlaması da madde kapsamına girmektedir.

Madde metninde düzenlenmeyen diğer bir husus da yasağın istisnalarıdır. Salt sermaye payının geri ödenmesi yasağının yanı sıra, geri ödeme yasağına istisna teşkil edecek haller, madde metninde yer almalıdır. Ayrıca geri ödenen sermaye paylarının iadesinin düzenleyen TTK 473. maddesinin kapsamı oldukça dardır. Burada sadece haksız ve kötü niyetle elde edilen kar paylarının iadesi düzenlenmiştir. Bu maddenin kapsamı genişletilmesi ve sermaye payının iadesi neticesini doğuran tüm menfaatlerin şirkete iadesi yükümlülüğü hükme bağlanmalıdır.

Türk Ticaret Kanunu'nun değiştirilmesi çalışmaları sırasında TTK 405/2 maddesi de ele alınmalı ve yeterli düzenlenmeye kavuşturulmalıdır. Ayrıca bu yeni düzenlemede TTK 405/2 maddesindeki geri ödeme yasağı, bu yasağın istisnaları, TTK 470/1 maddesindeki sermayeye faiz ödeme yasağı ve TTK 473. maddesindeki iade yükümlülüğü hepsi beraber aynı ve müstakil bir maddede düzenlenmelidir.

YENİ TÜRK LİRASI'YLA İLGİLİ KANUN'UN CEZA VE CEZA YARGILAMASI HUKUKU AÇISINDAN İNCELENMESİ

Dr. Ali KARAGÜLMEZ*

I. GENEL OLARAK

28 Ocak 2004 günlü, 5083 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin Para Birimi Hakkında Kanun” 31 Ocak 2004 tarihli ve 25363 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. 5083 sayılı Kanun’un yürürlüğe ilgili 6. maddesine göre, bu Kanun’un; 4. maddesi ile geçici 1. maddesinin 2 ve 3. fıkraları yayımı tarihinde, diğer hükümleri ise 1.1.2005 tarihinde yürürlüğe girmektedir.

5083 sayılı Kanun’un henüz yürürlüğe girmeyen 2. maddesinde, her nasılsa 31.7.2004 tarihli ve 25539 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 16.7.2004 günlü, 5228 sayılı Kanun’un 59. maddesinin (13) numaralı fıkrasıyla değişiklik yapılmıştır.

5228 sayılı Kanun’la, 5083 sayılı Kanun’un 2. maddesinin; başlığında yer alan “değişim oranı” ibaresi “değişim oranı ve Yeni Kuruş’a tamamlama”, 2. fıkrasında yer alan “Yeni Türk Lirası cinsinden yapılan işlemlerde yarım Yeni Kuruş’un üzerindeki değerler” ibaresi “Türk Lirası değerlerin Yeni Türk Lirası’na dönüşüm işlemlerinin ve Yeni Türk Lirası cinsinden yapılan işlemlerin sonuçlarında ve ödeme aşamalarında yarım Yeni Kuruş ve üzerindeki değerler”, “yarım Yeni Kuruş ve altındaki değerler dikkate alınmaz.” ibaresi “yarım Yeni Kuruş’un altındaki değerler dikkate alınmaz.” şeklinde değiştirilmiştir.

5083 sayılı Kanun’un; 1 ve 5228 sayılı Kanun’la değişik 2. maddeleri şöyledir:

“Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin para birimi

MADDE 1. - Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin para birimi Yeni Türk Lirası’dır. Yeni Türk Lirası’nın alt birimi Yeni Kuruş’tur. Bir Yeni Türk Lirası (YTL) yüz Yeni Kuruş’a (YKr) eşittir.

* Hakim.

Bakanlar Kurulu, Yeni Türk Lirası ve Yeni Kuruş'ta yer alan yeni ibarelerini kaldırmaya ve uygulamaya ilişkin esasları belirlemeye yetkilidir."

"Türk Lirası ile Yeni Türk Lirası arasında değişim oranı ve Yeni Kuruş'a tamamlama;

MADDE 2. - Türk Lirası değerler Yeni Türk Lirası'na dönüştürülürken, bir milyon Türk Lirası (1.000.000 TL) eşittir bir Yeni Türk Lirası (1 YTL) değişim oranı esas alınır.

Türk Lirası değerlerin Yeni Türk Lirası'na dönüşüm işlemlerinin ve Yeni Türk Lirası cinsinden yapılan işlemlerin sonuçlarında ve ödeme aşamalarında yarım Yeni Kuruş ve üzerindeki değerler bir Yeni Kuruş'a tamamlanır; yarım Yeni Kuruş'un altındaki değerler dikkate alınmaz."

5083 sayılı Kanun'la, 1 Ocak 2005 tarihinden itibaren yeni bir uygulamaya başlanılmaktadır ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin para birimi, Yeni Türk Lirası olacaktır. Yeni Türk Lirası'nın alt birimi "Yeni Kuruş"tur ve bir Yeni Türk Lirası (YTL), yüz Yeni Kuruş'a (YKr) eşittir.

1 YTL = 100 YKr' dir.

Kanun'un 2. maddesine göre, 1.1.2005 tarihinden itibaren Türk Lirası ve Lira değerler, Yeni Türk Lirası'na dönüştürülecektir. Dönüştürme işleminde;

1.000.000 Türk Lirası (veya Lira) = 1 Yeni Türk Lirası olacaktır.

II. TÜRK LİRASI'NA YAPILAN ATIFLARDA DEĞİŞİKLİK

5083 sayılı Kanun'un "Türk Lirası'na yapılan atıflarda değişiklik" kenar başlıklı 3. maddesinde;

"Kanunlarda ve diğer mevzuatta, idarî işlemlerde, yargı kararlarında, her türlü hukukî muamelelerde, kıymetli evrak ve hukukî sonuç doğuran diğer belgeler ile ödeme ve değişim araçlarında Türk Lirası'na veya Lira'ya yapılan atıflar, 2. maddede belirtilen değişim oranında Yeni Türk Lirası'na yapılmış sayılır." denilmektedir.

Madde gerekçesine göre, Yeni Türk Lirası'nın para birimi olarak kabul edilmesi nedeniyle, kanunlarda ve diğer mevzuatta, idarî işlemlerde ve yargı kararlarında, hukuki sonuç doğuran herhangi bir belgede, en geniş anlamıyla herhangi bir hukuki ilişkide, ödeme ve değişim araçlarında, Türk Lirası'na veya Lira'ya yapılan atıfların, bir milyon Türk Lirası eşittir bir Yeni Türk Lirası (1.000.000 TL = 1 YTL) değişim oranıyla, aynen Yeni Türk Lirası'na atıf yapılmış kabul edilecek ve geçerli sayılacaktır. Yeni Türk

Lirası'nın uygulamaya konulması, söz konusu hukuki ilişkilerin şartlarında değişikliğe yol açmayacak veya herhangi bir edimi ifa ederken taraflardan birine mazeret öne sürme ya da bu hukuki ilişkiyi tek taraflı olarak değiştirme veya feshetme hakkı vermeyecektir.

Ceza ve ceza yargılaması hukuku açısından 5083 sayılı Kanun nasıl uygulanacaktır? Özellikle, para cezası öngören hükümlerde ne tür işlemler yapılacaktır? Uygulamada tartışmalara ve duraksamalara neden olabileceğini düşündüğümüz bu konuları, başlıklar halinde ele alacağız.

Önemle belirtelim ki, çalışmamızdaki açıklamalar, kendi yorumumuza göre 5083 sayılı Kanun'un ceza ve ceza yargılaması hukuku açısından nasıl uygulanacağına ilişkin düşüncelerimizi içermektedir.

III. CEZA HUKUKU (765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU HÜKÜMLERİ) AÇISINDAN DURUM

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülmektedir. 5237 sayılı Kanun'da, adli para cezaları açısından yeni bir uygulamaya geçilmektedir ki, bu da "gün para cezası" sistemidir.

Bununla birlikte, 5083 sayılı Kanun'un YTL'ye dönüştürme hükümlerinin yürürlük tarihi 1 Ocak 2005 olduğu için, 1.1.2005 ila 31.3.2005 tarihlerinde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümleri yürürlükte bulunmaktadır. Kaldı ki, 1.4.2005 tarihinden önce işlenen suçlarda da, 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'daki kurallar da dikkate alınarak, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümleri gündemde olabilecektir.¹

Diğer yandan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki gün para cezası hükümleri, idarî para cezalarında geçerli değildir. Bu itibarla, 5083 sayılı Kanun gereğince, YTL'ye dönüştürme işlemlerinde, kimi artırma kurallarının uygulanması da söz konusu olabilecektir.

Bu nedenlerle, çalışmamızda yürürlük tarihi itibarıyla öncelikle 765 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümleri açısından konuyu inceleyeceğiz.

Daha sonra ise, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerini, açıkça belirterek ayrı bir başlıkta ele alacağız.²

¹ Lehe Kanunu'nun belirlenmesi ve Lehe Kanunu'nun uygulaması açısından.

² Çalışmamızda, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan söz ederken ise, kimi zaman sayısı belirtilmeden "TCK" denilmiştir; ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan söz ederken, açıkça sayısı belirtilmiştir.

A. Mevzuattaki Suç Karşılığı Öngörülen Para Cezası Hükümleri

5083 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre, kanunlarda ve diğer mevzuatta Türk Lirası'na veya Lira'ya yapılan atıflar, 2. maddede belirtilen değişim oranında Yeni Türk Lirası'na yapılmış sayılacaktır.

Dönüştürme işleminde,

YTL = Türk Lirası (veya Lira)

1.000.000

formülü uygulanacaktır.

1. Para Cezası İçeren Kanun Maddelerindeki Dönüştürme İşlemleri

Kanunlarda, suç karşılığında öngörülen para cezası hükümlerinde YTL'ye dönüştürmenin kolay olduğu düşünülebilir. Ancak, 3. maddenin çok genel ifade tarzı nedeniyle, burada bazı tereddütlü konular bulunmaktadır.

a. Dönüştürme, Madde Metninde Yazılı Para Cezası Tutarı Üzerinden mi Yapılacaktır ?

Konuyu bir örnekle ele almak istiyoruz. Örneğin; (2004 yılında işlenen bir suç için) TCK'nın 456/4. maddesinde "200 Liradan 2.500 Lira'ya kadar ağır para cezası" yazılıdır. Bir an için dönüştürme işlemini madde metnindeki tutar üzerinden yapacak olursak;

$(200 \text{ ilâ } 2.500 / 1.000.000) = 0,0002 \text{ ilâ } 0,0025 \text{ YTL}$ bulunur. Bu sonucu YKr'ye çevirirsek;

$(0,0002 \text{ ilâ } 0,0025 \text{ YTL} \times 100) = 0,02 \text{ ilâ } 0,25 \text{ YKr}$ bulunur.

5083 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 2. fıkrasına göre, dönüşüm işlemlerinin sonuçlarında yarım Yeni Kuruş'un altındaki değerler dikkate alınmayacağına göre, yukarıdaki örneğin işlem sonucuna göre, TCK'nın 456/4. maddesindeki para cezasında, dönüştürme işlemi yapılan cezanın dikkate alınmaması gibi ilginç bir sonuç ortaya çıkabilecektir. Üstelik başta Türk Ceza Kanunu olmak üzere birçok para cezası öngören yasada, bu sonuca benzer para tutarları bulunmaktadır.

Önemle belirtelim ki, örnekteki TCK'nın 456/4 maddesindeki "200 ilâ 2500 Lira" para cezası tutarı, (suç tarihinde) yürürlükteki mevzuat hükümlerine göre 456/4 maddesinin öngördüğü (gerçek) rakam değildir.

Türk hukukunda çeşitli nedenlerle güncelliğini yitiren yasalardaki para cezası tutarları, teknik zorluklar nedeniyle tek tek artırlamadığından, zaman zaman çıkartılan genel artırım yasalarıyla güncelleştirilmiştir. Bunlar arasında, 3506 ve 4421 sayılı Yasalar ilk başta gelmektedir. Bu yasalarla, TCK'nın Ek 1 ve devamı maddeleri düzenlenmiş ve belli koşullarla, yasalardaki para cezalarının yıllara (belli zaman dilimlerine) göre artırılarak güncelleştirilmesi kurala bağlanmıştır.³

Böylece, örneğimizdeki TCK'nın 456/4. madde metnindeki "200 ilâ 2500 Lira" para cezası, bu maddedeki suçun gerçek para tutarı değildir ve bu tutar, yalnızca TCK'nın Ek 1 ve devamı maddelerine göre yapılacak artırım hesabında dikkate alınacak rakam haline gelmiştir. 4421 sayılı Kanun'la değişik TCK'nın Ek 1 ve devamı maddelerine göre, her yıl 1 Ocak ila 31 Aralık tarihleri arasında, yasalardaki para cezası tutarları yapılacak hesapla yeniden belirlenecektir.⁴

Sonuç olarak, yasalardaki para cezası tutarlarının; yıllara göre, başta TCK'nın Ek 1 ve devamı maddeleri olmak üzere, kimi yasalardaki hükümlere göre artırım hesabı yapıldıktan sonra, bulunan sonuç üzerinden 5083 sayılı Kanun'la dönüşüm işlemi yapılacaktır. Çünkü, 5083 sayılı Kanun'la, para cezalarının yıllara göre güncelleştirilmesine ilişkin yasa hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin bir değişiklik yapılmamıştır. 5083 sayılı Kanun, kapsamındaki özel düzenlemeler dışında, mevcut mevzuat hükümlerine göre uygulanacaktır.

Bu nedenle, yasa maddelerindeki para cezaları, önce ilgili güncelleştirme hükümlerine göre hesaplanıp, suç tarihine göre güncelleştirilecek ve sonra dönüştürme işlemi yapılacaktır.

Bu hesaplama işlemi kural olarak; 31.7.1999 tarihine kadar (bu tarih dahil) işlenen suçlar nedeniyle verilecek para cezalarında 3506 sayılı Kanun'la değişik TCK'nın Ek 1 ve devamı maddelerine; 1.8.1999 tarihinden itibaren (bu tarih dahil) işlenen suçlarda ise 4421 sayılı Kanun'la değişik TCK'nın Ek 1 ve devamı maddelerine göre yapılacaktır.⁵

Bazı yasalarda farklı hesaplama hükümleri de yer almaktadır. Bu tür yasalarda hesaplama işlemi, ilgili yasa maddesine göre yapılacaktır.

³ 3506 ve 4421 sayılı Kanunlar'a göre, para cezalarının artırım hesabı konusunda bkz., Karagülmez, Ali, *Adli ve İdarî Para Cezaları*, Ankara, 2001, s. 50-139.

⁴ Burada, suç tarihi önem taşımaktadır ve ilgili yasa maddesindeki para cezasının TCK'nın Ek 1 veya devamı maddelerinin kapsamı içerisinde olmalıdır.

⁵ TCK'nın Ek 1. maddesine göre, nispi nitelikteki vergi ve resim cezaları, nispi para cezaları ve tazminat kabilinden olup mütezayit nispete tabi bulunan para cezaları hakkında; Ek 1. maddesi uygulanmaz.

Örneğin; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun Ek 3. maddesine göre, Karayolları Trafik Kanunu'ndaki fiiller için, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere önceki yıla uygulanan mutlak ceza tutarları, o yıl için Vergi Usul Kanunu hükümleri uyarınca tespit ve ilan olunan yeniden değerlendirme oranında artırılarak hesaplama yapılacaktır.

Bu sonuç itibarıyla örneğimizdeki TCK'nın 456/4. maddesindeki para cezası tutarının, 1.8.2004 günü işlenen bir suç için, 5.1.2005 günü mahkûmiyet kararı verildiğini düşünerek, 5083 sayılı Kanun'a göre dönüştürme işleminde, TCK'nın 456/4. maddesindeki para cezası tutarının, suç tarihi olan 1.8.2004 tarihindeki tutarı TCK'nın Ek 1, Ek 2 ve Ek 4. maddelerine göre hesaplanacak; daha sonra bulunan sonuç üzerinden, YTL'ye dönüştürme işlemi düşünülecektir.⁶

b. Suç Tarihine Göre Güncelleştirilen Para Cezasında, Artırma ve Eksiltme Hükümleri ile Dönüştürme İşlemi Nasıl Uygulanacaktır?

Yasa maddesindeki para cezası, suç tarihine göre örneğin; 4421 sayılı Kanun hükümleriyle güncelleştirildiğinde, acaba bu tutar, 5083 sayılı Kanun'a göre YTL'ye dönüştürüldükten sonra mı artırma ve eksiltme hükümleri uygulanacaktır, yoksa suç tarihinde geçerli para cezasının artırma ve eksiltmeye ilişkin tüm uygulamaları yapıldıktan sonra bulunan sonuç ceza üzerinden mi YTL'ye dönüştürme işlemi yapılacaktır?

Özellikle ileride ele aldığımız, TCK 30/2 maddesi ile 5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddesindeki küsurat açısından farklı sonuçları, bu tartışmayı önemli kılmaktadır.

5083 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, "*Kanunlarda ve diğer mevzuatta, ... Türk Lirası'na veya Lira'ya yapılan atıflar, 2. maddede belirtilen değişim oranında Yeni Türk Lirası'na yapılmış sayılır.*" hükmü çok genel niteliktedir. 3. maddede doğrudan "*kanunlardaki Lira'ya yapılan atıf*"tan söz edilmektedir. Buradaki "*kanun*" sözcüğü, öncelikle para cezası öngören kanun maddesini ifade etmektedir. Bu yaklaşımla, örneğin TCK'nın 456/4. maddesindeki para cezası, suç tarihine göre TCK'nın Ek 1 ve devamı maddelerine göre güncelleştirildikten sonra bulunan Lira tutar üzerinden YTL'ye dönüştürme işleminin yapılması gerekmektedir :

Örnek;

1.1.2004 tarihinde işlenen TCK'nın 456/4. madde kapsamındaki bir suç nedeniyle, 5.1.2005 tarihinde mahkûmiyet kararı verildiğini ve TCK'nın 456/4, 457/2, 51/3 ve 59. maddelerin uygulanacağını düşünürsek:

⁶ TCK'nın 30/2 maddesinin (5083 sayılı Kanun açısından) uygulanmasıyla ilgili tartışmalar ileride ele alınmıştır.

Önce, TCK'nın 456/4. maddesindeki "200 ilâ 2.500" Liradan olayda takdir edilen tutarın, TCK'nın Ek 1 ve devamı maddelerine göre, suç tarihi itibarıyla güncelleştirme hesabı yapılacaktır. Bu sonuç, 445.616.000 Lira olmaktadır.⁷ Bulunan bu rakam, TCK'nın 456/4. maddedeki suç tarihinde geçerli para cezasını ifade etmektedir. 5083 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre, kanundaki Lira'ya yapılan atıflar üzerinden YTL'ye dönüştürme işleminin yapılması öngörüldüğüne göre, örnekteki;

445.616.000 Lira / 1.000.000 = 445,616 YTL bulunur.

5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddesine göre, yarım ye üzerindeki küsurlar, 1 YKr'ye yükseltileceği için, örnekteki sonuç, 445,62 YTL olacaktır. Bundan sonraki artırma ve indirim işlemlerini YTL'ye dönüştürülen rakam üzerinden yaparsak,⁸

445,62 YTLnde, TCK'nın 457/2. madde gereğince 1/2 artırma yaptığımızda;

668,43 YTL bulunmaktadır. Bu sonuçtan, TCK'nın 51/3. maddesi gereğince, 2/3 indirim yaptığımıza;

222,81 YTL bulunur. Bu sonuçtan TCK'nın 59. maddesi gereğince 1/6 indirim yaptığımızı düşünürsek;

187,675 YTL bulunur. Bu rakam, 5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddesi gereğince, yarım YKr ve üzerindeki değer 1 YKr'ye tamamlanır ve örnek olayda sonuçta;

187,68 YTL bulunur.

Yukarıdaki tartışmayı daha iyi ortaya koyabilmek için, örneğimizdeki uygulamayı, bütün hesapları Lira üzerinden yaptıktan sonra, YTL'ye dönüştürerek yapacak olursak:

Suç tarihinde, TCK'nın 456/4. maddede bulunan rakam 445.616.000 Lira idi.

TCK'nın 457/2. maddesine göre 1/2 artırma yapıldığında, 668.424.000 Lira bulunur. Bu sonuçtan, TCK'nın 51/3. maddesi gereğince, 2/3 indirim yaptığımıza;

222.808.000 Lira bulunur. Bu sonuçtan TCK'nın 59. maddesi gereğince 1/6 indirim yaptığımızı düşünürsek;

185.673.333 Lira bulunur; TCK'nın 30/2. maddesi gereğince 1.000 Lira'nın altındaki küsur atılarak sonuç, 185.673.000 Lira olur. Bulunan rakam, YTL'ye dönüştürüldüğünde;

⁷ Bu hesaplamada TCK'nın 30/2. maddesi de uygulanmıştır.

⁸ TCK'nın 29. maddesine göre, önce artırma ve sonra indirim nedenleri uygulanacaktır.

$185.673.000 / 1.000.000 = 185,673$ YTL olur. 5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddesi gereğince yarım YKr'nin altındaki değer atıldığına ise,

185,67 YTL bulunur.

Görülüyor ki, para cezasının hesabında, kanun maddesindeki (Lira) para cezasını önce YTL'ye dönüştürüp, sonra artırma ve eksiltme hesabında bulunan sonuç YTL rakam ile kanun maddesindeki (Lira) para cezasını YTL'ye dönüştürmeden, artırma ve eksiltme işlemlerini Lira üzerinden tamamlayıp, çıkan sonucu YTL'ye dönüştürdüğümüzde bulunan sonuç YTL rakam farklıdır. Şimdiden hangi yöntemin lehe olduğunu kesin olarak söyleyebilmek de zordur. Çünkü, para cezası uygulamalarında, çok farklı artırma, eksiltme nedenleri ve buna bağlı hesaplamalar söz konusudur. Bunların tümünü önceden öngörüp, şu yol lehedir demek mümkün görünmemektedir.

Biz, 5083 sayılı Kanun'un 3. maddesindeki "*Kanunlarda ve diğer mevzuatta, ... Türk Lirası'na veya Lira'ya yapılan atıflar, ... Yeni Türk Lirası'na yapılmış sayılır.*" kuralı gereğince, (adli veya idari) para cezası öngören yasa maddesindeki Lira üzerinden para tutarının, suç tarihinde geçerli olan rakamı bulunup, YTL'ye dönüştürme işlemi yapıldıktan sonra, artırma ve eksiltme işlemlerinin bundan sonra (YTL üzerinden) yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

B. Mevzuattaki Para Cezalarına İlişkin Genel Uygulama Hükümleri

1. TCK'nın 19 ve 24. Maddeleri

TCK'nın 19. maddesinde ağır para cezalarının, 24. maddesinde hafif para cezalarının asgari ve azami sınırları gösterilmiştir. Söz konusu maddelerdeki para tutarları, 5083 sayılı Kanun'la acaba nasıl YTL'ye dönüştürülecektir?

TCK'nın 19 ve 24. maddelerindeki asgari ve azami sınırlara ilişkin para tutarları, TCK'nın Ek 4. madde yollamasıyla Ek 2. maddesi gereğince, yıllara göre artırılarak yeniden belirlenmektedir. Bu nedenle, tıpkı para cezası içeren yasa maddelerinde olduğu gibi, TCK'nın 19 ve 24. maddesinin, suç tarihinde geçerli güncelleştirilmiş tutarları üzerinden, 5083 sayılı Kanun'a göre YTL'ye dönüşüm işleminin yapılması gerekmektedir.

31.7.1999 tarihine kadar (bu tarih dahil) işlenen suçlarda, 3506 sayılı Kanun'la öngörülen TCK'nın Ek 4 ve Ek 2. maddelerine göre; 1.8.1999 tarihinden itibaren (bu tarih dahil) bugüne kadar işlenen suçlarda 4421 sayılı Kanun'la değişik TCK'nın Ek 4 ve Ek 2. maddelerine göre hesaplanan

tutarlar üzerinden TCK'nın 19 ve 24. maddelerindeki tutarlar, 5083 sayılı Kanun'la dönüştürme işlemi yapılacaktır.⁹

2. 647 Sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun Hükümleri

647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasının (1) numaralı bendinde kabahatler ve cürümlerde beher gün için para cezasına çevirmedeki alt ve üst sınırlar; 5. maddesinde infaz sırasında para cezasının hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüştürülmesindeki para tutarları gösterilmiştir.

a. 31.7.1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlar

3506 sayılı Kanun döneminde 647 sayılı Kanun'daki sözü edilen bu tutarlar, yıllara göre artırıma tâbi değildi ve 14.12.1988 ilâ 31.7.1999 tarihleri arasında sabit olarak kaldı. 4. maddede; kabahatlerde 3.000 - 5.000 Lira, cürümlerde 5.000 ilâ 10.000 Lira ve 5. maddede ise 10.000 Lira söz konusuydu.

Suç tarihi, 31.7.1999 ve öncesi olan bir suç hakkındaki bu rakamlar, 5083 sayılı Kanun gereğince YTL'ye dönüştürülürse şöyle bir tablo ortaya çıkmaktadır:

647 SK. :	Tutarlar :	5083 SK'ya göre :	Yeni Kuruş:
Kabahatler m. 4	3.000 - 5.000 Lira	0,003 - 0,005 YTL	0,3 - 0,5
Cürümler m. 4	5.000 - 10.000 Lira	0,005 - 0,01 YTL	0,5 - 1
HBC. Dönüştürme m. 5	10.000 Lira	0,01 YTL	1

Görülüyor ki, 3506 sayılı Kanun uygulamasına tâbi olan 31.7.1999 tarihinden önce işlenen bir suçta, 647 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki kabahatlerdeki asgari para cezasına çevirme tutarı olan (0,3 YKr), yarım Yeni Kuruş'un altında kalmaktadır. 5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddesine göre yarım Yeni Kuruş'un altındaki değerler dikkate alınmayacağına göre, uygulamada bir duraksama ortaya çıkabilecektir.

Bununla birlikte, zamanaşımına ilişkin TCK'nın 102. maddesine göre, kabahatlerde azami zamanaşımı süresi, TCK'nın 104/2. maddesi de dik-

⁹ Bu hesaplamaları da ilgilendiren, TCK'nın 30/2 maddesinin (5083 sayılı Kanun açısından) uygulanması ileride ele alınmıştır.

kate alındığında, üç yıl olduğuna göre, 5083 sayılı Kanun'un uygulanmasını gerektirebilecek 31.7.1999 tarihinden önce işlenen bir kabahat suçu olamayacaktır. Bu sonuç itibarıyla, yukarıdaki tablodaki duraksamayla karşılaşılmayacaktır.

Burada tartışmalı olabilecek başka bir konu bulunmaktadır.

Acaba 31.7.1999 tarihinden önce (bu tarih dahil) işlenen ve 3506 sayılı Kanun'la değişik 647 sayılı Kanun hükümlerine tâbi olan bir cürümde, tabloda bulunan sonuçlar, Yeni Türk Lirası'nın altında kaldığına göre, Yeni Kuruş olarak işleme esas alınabilecek midir?

647 sayılı Kanun'un 4 ve 5. maddelerinde, "*Lira*"dan söz edilmektedir ve 5083 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, "*Türk Lirası'na veya Lira'ya yapılan atıflar, 2. maddede belirtilen değişim oranında Yeni Türk Lirası'na yapılmış sayılır.*" denilmektedir. Bu durumda, Yeni Kuruş'tan söz edilmediğine göre, dönüştürmede Yeni Kuruş doğrudan dikkate alınamayacaktır. Dönüştürme işlemi, YTL'ye ilişkin 1/1.000.000 formülüne göre yapılacaktır.

5083 sayılı Kanun'da, YTL açısından açık bir küsurat sınırlaması getirilmemiştir. Bununla birlikte, Yeni Kuruş için getirilen yarım YKr'nin altındaki değerlerin atılması kuralının, YTL'ye çevirme işlemi de etkileyeceğini düşünmekteyiz. Buna göre, dönüştürme işleminde hesaplama YTL'ye göre yapılacaktır ve bulunan sonuçtaki, küsurat olarak 0,0049 (YTL) ve altındaki değerler atılacak; 0,005 (YTL) ve üzerindeki değerler ise 1 YKr'ye tamamlanacaktır.

b. 1.8.1999 Tarihinden İtibaren İşlenen Suçlar

1.8.1999 tarihinden itibaren işlenen suçlarda uygulanacak olan, 647 sayılı Kanun'un 4 ve 5. maddelerindeki para tutarları, 4421 sayılı Kanun'la öngörülen TCK'nın Ek 6. maddesi gereğince, Ek 2. maddesindeki yeniden değerlendirme oranına göre, 1.1.2000 tarihinden itibaren her yıl artışa tâbi tutulmaktadır.

Suç tarihi itibarıyla TCK'nın Ek 2. maddesine göre hesaplanarak bulunan 647 sayılı Kanun'un 4 ve 5. maddelerindeki Lira tutarlar, 5083 sayılı Kanun'la yapılacak dönüştürme işlemi dikkate alınabilecektir.

c. TCK'nın 30. Maddesinin 2. Fıkrasındaki Hüküm

5083 sayılı Kanun gereğince yapılacak dönüştürme işlemlerinde tartışmalı konulardan birisini de, TCK'nın 30/2 maddesi ile 5083 sayılı Kanun'un 2/2 maddesindeki kuralların oluşturacağını düşünmekteyiz.

TCK'nun 30. maddesinin 2. fıkrasında, "Muvakkat cezalar için bir günün ve para cezalarında 1.000 Lira'nın küsuru hesaba katılmaz." denilmektedir.

5083 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, "kanunlarda ... Türk Lirası'na veya Lira'ya yapılan atıflar, 2. maddede belirtilen değişim oranında Yeni Türk Lirası'na yapılmış sayılır." denildiğine göre, acaba TCK'nun 30/2. maddesindeki "1.000 Lira'nın küsuru hesaba katılmaz." İbaresini;

1.000 Lira / 1.000.000 = 0,001 YTL olarak mı anlaşılacaktır?

5083 sayılı Kanun'un 3. maddesinin metnine bakıldığında bu soruya evet denilebilir. Çünkü, 3. maddede, kanunlardaki Lira'ya yapılan atıfların dönüşüm formülüne göre, Yeni Türk Lirası'na yapılmış sayıldığı açıkça belirtilmektedir.

Bu sonuç kabul görürse; 0,001 YTL, 0,1 Yeni Kuruş etmektedir.

5083 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre ise, yarım Yeni Kuruş'un altındaki değerler dikkate alınmayacaktır. Yarım YKr ise; 0,5 YKr = 0,005 YTL'dir.

TCK'nun 30/2. maddesindeki 0,1 YKr'ye dönüşecek olan miktar, 0,5 YKr'nin altında kaldığından, 5083 sayılı Kanun'un 2/2 maddesi, TCK'nun 30/2 maddesine göre daha lehe niteliktedir. Ancak bu belirleme, TCK'nun 30/2. madde için, çok şekli bir yaklaşımdır. Konuyu başlıklar halinde ayrıntılı olarak ele almak istiyoruz:

1. 1.1.2005 Tarihinden Önceye Dayalı Yargısal İşlemler

1.1.2005 tarihinde, infaz işlemi süren birçok kesinleşmiş para cezası içeren mahkeme ilâmı, Cumhuriyet savcılıklarınca 2004 yılında tebliği yapılmış süresi dolmamış ön ödeme ihtarları olacağı gibi, ceza yargılaması sonundaki mahkûmiyet kararlarında hesap edilmiş henüz kesinleşmemiş para cezaları, idarî mercilerce verilen infaz ilişkisi bitmemiş idarî para cezaları, 2004 yılında verilen ve 1.1.2005 tarihi itibarıyla itiraz incelemesi devam eden idarî para cezaları ve daha birçok uygulama söz konusu olacaktır. Sayılan bu konularda, TCK'nun 30/2. maddesi de uygulanmış olabilir.

Bu sayılan konularda daha önce uygulanmış olan TCK'nun 30/2 maddesi ile 5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddesi nasıl değerlendirilecektir?

Diğer yandan, 3506 ve 4421 sayılı Kanun hükümlerine göre, ceza maddelerindeki para cezalarının hesabında TCK'nun 30/2 maddesi ile 5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddesi nasıl uygulanacaktır?

Öncelikle (henüz uygulamanın nasıl olacağı bilinmemekle birlikte), konuya ışık tutabileceğini düşündüğümüz Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararını ele almak istiyoruz:

2. TCK'nın 30/2. Maddesiyle İlgili Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının İncelenmesi

TCK'nın 30. maddesinin 2. fıkrasında, 5.2.2003 günlü, 4806 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmıştır. 4806 sayılı Kanun değişikliğinden önce 30. maddenin 2. fıkrasında, *"para cezalarında 1 Lira'nın küsuru hesaba katılmaz."* denilmekteydi ve *"bir"* sözcüğü, 4806 sayılı Kanun'la *"1.000"* olarak değiştirilmiş ve 10 Şubat 2003 tarihli ve 25020 mükerrer sayılı *Resmi Gazete'*de yayımlanıp aynı gün yürürlüğe girmiştir.

4806 sayılı Kanun'dan önce işlenen bir suç nedeniyle, TCK'nın 30/2. maddesindeki *"1 Lira'nın küsuru hesaba alınmaz"* kuralına göre verilen 105.416.979 Lira ağır para cezası mahkûmiyeti kararının temyiz incelemesinde, Yargıtay'ın ilgili dairesi, *"sanık hakkında neticeden hükmedilen 105,416,979 TL ağır para cezasından 1.000 TL küsuru olan 979 TL'nin kaldırılarak sanığa tayin olunan ağır para cezasının 105.416.000 TL'ye indirilmesi suretiyle, diğer yönleri doğru bulunan hükmün düzeltilerek onanmasına"* karar vermiştir.

Yargıtay ilgili ceza dairesi, yerel mahkeme kararındaki yalnızca sonuç ceza üzerindeki 1.000 Lira'nın küsurunu kaldırmakla yetinmiştir.

Daire kararına, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca;

4806 sayılı Kanun'la değişik TCK 30/2. maddesinin, *"... anılan Yasa maddesindeki hesaplama ibaresinin, sonuç para cezasının belirlenmesine kadar her aşamada çıkan küsurların atılması anlamını içerdiğinden, 4421 sayılı Kanun ile değişik TCK'nın 19 ve Ek 4. maddeleri uyarınca, yıllara göre para cezalarının alt ve üst hadlerinin belirlenmesinden başlayarak, yasal ve takdiri artırım ve ek-siltmeler sırasında ortaya çıkan 1.000 Lira küsurları da dahil olmak üzere, yine TCK'ya 4421 sayılı Kanun ile eklenen Ek 6. madde uyarınca, 647 sayılı Kanun'un 4. maddesinde yer alan, hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına çevrilmesinde esas alınan günlük miktarların hesaplanmasında ve çevirme işlemleri sırasında, her aşamada ortaya çıkan bin Lira küsurları atılmak suretiyle sonuç para cezasının, sanık lehine olacak biçimde belirlenmesi gerektiği..."*

düşüncesiyle itiraz yasa yoluna başvurulmuştur.

Başvuruyu inceleyen Ceza Genel Kurulu tarafından aşağıdaki karar verilmiştir:

“...Çözümlenecek sorun, TCY'nin 30. maddesinin 2. fıkrasındaki 'para cezalarında 1.000 Lira'nın küsuru hesaba katılmaz.' kuralının, sonuç para cezasında mı yoksa, temel cezanın tayini aşamasından başlayan tüm hesaplama işlemlerinde mi, dikkate alınacağı noktasında toplanmaktadır.

(4806 sayılı Yasa) değişikliğinin sanığın lehinde olması ve TCY'nin 2. maddesinin 2. fıkrasının emredici hükmü uyarınca, somut olayda para cezasının yeniden değerlendirme ve hesaplama yapılmak suretiyle belirlenmesi zorunludur.

TCY'nin 29. maddesinde; Yasa'nın belirli bir oranda cezayı arttırıp eksiltmeyi emrettiği hallerde, mevcut olan ağırlatıcı ve hafifletici nedenler nazara alınmaksızın, o fiil için ne ceza tayin edilecekse artırma ve indirme keyfiyetinin o ceza üzerinden uygulanacağı bir çok nedenin birleşmesi halinde arttırma ve eksiltme hususunun “*ondan evvelki artırma ve eksilme neticesi olan ceza miktarı*” üzerinden yapılacağı öngörülmüş, 30. maddesinin 4806 sayılı Yasa ile değişik 2. fıkrasında ise; “*Muvakkat cezalar için bir günün ve para cezalarında bin Lira'nın küsuru hesaba katılmaz*” hükümlerine yer verilmiştir.

TCY'nin 30. maddesinin 2. fıkrası, ... para cezalarında 1.000 Lira'nın küsurunun hesaba katılmayacağını söylemekle, bu kesirlere hiçbir suretle hükmedilemeyeceğini belirtmek istemiştir. Bu ilke nispi para cezaları hakkında da uygulanır. Bu ölçütler aksine bir hüküm ihtiva etmeyen özel ceza yasaları için de geçerlidir. Anılan fıkrada, ... 1.000 Lira'nın kesiri aynı hükme tabi kılınmıştır. Fıkrada geçen “*hesaba katılmaz*” ibaresi, bir hesaba başvurulması zorunlu her aşamayı, başka bir deyişle yasa koyucu tarafından 30. maddeye istisna oluşturması gayesiyle doğrudan doğruya belirlenmiş olmayan gerek hesaplama sonucu bulunan gerekse üzerinden hesaplama yapılacak olan her miktar ve süreyi kapsamına almaktadır.

4421 sayılı Yasa ile para cezalarının her takvim yılı için yeniden değerlendirme oranında arttırılması uygulaması başladıktan sonra, bazı yıllar için öngörülen yeniden değerlendirme oranlarının ondalık kesirler taşıması nedeniyle, temel para cezaları ile hafif ve ağır para cezalarının aşağı ve yukarı hadleri belirlenirken ortaya çıkan küsurlu miktarlar, yapılan hesaplama sonucu bulunmuşlardır. Yasa koyucu tarafından doğrudan doğruya belirlenmediklerinden, yasa koyucunun, bu miktarların TCY'nin 30/2. maddesindeki kuralın istisnasını oluşturmasını amaçladığından da söz edilemez. Dolayısıyla, temel hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilirken günün kesiri sayılacak bir zaman birimine hükmedilemeyeceği gibi, muvakkat cezalarla aynı hükme tabi kılınmış olan temel para cezası küsuruna da hükmedilemez. Nitekim “*bir Lira küsurununun hesaba katılmayacağı hükmünün yürürlükte olduğu dönemde; temel ağır para cezasının alt sınırı 2002*

yılında 218.104.099,20 Lira, 2003 yılında 346.785.517,41 Lira olduğu halde, ağır para cezasının alt sınırı 1 Lira'nın küsuru dikkate alınmaksızın 2002 yılında 218.104.099 Lira, 2003 yılında ise 346.785.517 Lira olarak uygulanmıştır. Bu nedenle 2001 yılı için % (56), 2002 yılı için % (53,2), 2003 yılı için ise % (59) olarak belirlenen yeniden değerlendirme oranının uygulanması sonucu belirlenen temel para cezalarının alt ve üst sınırlarının da 'bin Lira kesirininin' atılması suretiyle, TCY'nin 19. maddesindeki ağır para cezasının alt ve üst sınırlarının 2001 yılı için 142.365.000-35.591.400.000 Lira, 2002 yılı için 218.103.000-54.526.024.000 Lira ve 2003 yılı için ise 346.783.000-86.696.378.000 Lira olarak belirlenmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere; TCY'nin 30/2. maddesinde düzenlenen, ... para cezalarında ise bin Lira'nın küsurunun hesaba katılmayacağı yolundaki kuralın, gerek temel ceza belirlenmesi ve takip eden arttırma ve eksiltme işlemleri ile sonuç ceza tutarına hükmedilmesi aşamalarında, gerekse 647 sayılı Yasa'nın 4. maddesinin 1. fıkrasının 1 numaralı bendinde öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezanın paraya dönüştürülmesi aşamasında bir güne karşılık tutulan para cezası miktarlarının belirlenmesinde göz önünde tutulması zorunludur".¹⁰

Görülüyor ki, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, TCK'nın 2/2. ve 29. maddeler dikkate alındığında, TCK'nın 30/2. maddesindeki sanık lehine olan 1.000 Lira'nın küsuratının atılması kuralının, gerek temel ceza belirlenmesi ve takip eden arttırma ve eksiltme işlemleri ile sonuç ceza tutarına hükmedilmesi aşamalarında, gerekse 647 sayılı Yasa'nın 4. maddesinin 1. fıkrasının (1) numaralı bendinde öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezanın paraya dönüştürülmesi aşamasında bir güne karşılık tutulan para cezası

¹⁰ Yargıtay CGK., 15.4.2003, E.2003/9-96,K.2003/104; CGK. Kararının sonuç bölümünde ise; "Sonuç: Açıklanan nedenlerle, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının (KABULÜNE) Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin düzelterek onama kararının (KALDIRILMASINA) Yerel Mahkeme hükmünün TCY'nin 2/2 ve hükmünden sonra yürürlüğe giren 4806 sayılı Yasa ile değişik TCY'nin 30/2. maddesi hükümleri karşısında sanığa fazla para cezası tayin edilmiş olması nedeniyle (BOZULMASINA) ancak bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, CYUY'nin 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak, Yerel Mahkeme hükmünün 'sanık R'nin taksirle yangına neden olmak suçundan' TCY'nin 383/1. maddesi uyarınca yedi gün hapis ve 218.103.000 Lira ağır para cezasıyla cezalandırılmasına, cezasında TCY'nin 413. madde uyarınca 1/2 oranında indirim yapılarak üç gün hapis ve 109.051.000 Lira ağır para cezası ile cezalandırılmasına, TCY'nin 59.madde uyarınca cezasından 1/6 oranında indirim yapılarak iki gün hapis ve 90.875.000 Lira ağır para cezasıyla cezalandırılmasına kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezanın 647 sayılı Yasa'nın 4. maddesi uyarınca günlüğü 7.269.000 Liradan paraya çevrilmek suretiyle 14.538.000 Lira ağır para cezası ile cezalandırılmasına aynı cins para cezaları TCY'nin 72. maddesi uyarınca toplanarak 105.413.000 Lira ağır para cezası ile cezalandırılmasına ve cezasının 647 sayılı Yasa'nın 6. maddesi uyarınca ertelenmesine" karar verilmesi suretiyle (DÜZELTİLEREK ONANMASINA) denilerek, Kararda yeniden hesaplama yapılmıştır.

miktarlarının belirlenmesinde göz önünde tutulmasının zorunlu olduğuna karar vermiştir.¹¹

3. 5083 sayılı Kanun'un 2/2. Maddesi Açısından İncelenmesi

a. TCK'nın 30/2. Maddesi Yürürlükte midir?

5083 sayılı Kanun'la, TCK'nın 30/2. maddesi (açıkça) yürürlükten kaldırılmamış ise de, 5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddesindeki "yarım Yeni Kuruluş ve üzerindeki değerler bir Yeni Kuruluş'a tamamlanır; yarım Yeni Kuruluş'un altındaki değerler dikkate alınmaz" kuralı, TCK'nın 30/2 maddesindeki 0,1 YKr'ye tekabül eden "1.000 Lira'nın küsuru hesaba katılmaz" kuralına göre daha lehedir. Çünkü, TCK'nın 30/2. maddesindeki kusur atılacağına ilişkin tutar, 1 YKr'nin onda birine tekabül etmektedir; oysa 5083 sayılı Kanun'a göre yarım (0,5) YKr'nin altındaki değerler dikkate alınmayacaktır.

Dolayısıyla, 5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddesinin, TCK'nın 30/2 maddesindeki "1.000 Lira'nın küsuru hesaba katılmaz" kuralını yürürlükten kaldırdığı ve TCK'nın 2. maddesi gereğince, lehe kanun hükmünün uygulanması zorunludur sonucuna varılabilir mi?

İlk yaklaşımda, bu soruya evet denilebilir ise de; sorunun bu kadar basit olmadığını düşünmekteyiz.

Öncelikle, TCK'nın 30/2. maddesi Lira/Türk Lirası için geçerlidir; 5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddesi ise, YTL ve Yeni Kuruluş için geçerlidir. Eğer, para cezasında bir hesaplama Lira üzerinden yapılıyorsa, daha lehedir diye henüz (YTL'ye) dönüştürme işlemi yapılmadan 5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddesi nasıl uygulanabilecektir? Böyle bir uygulama mümkün müdür?

Biz, 5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddesi, TCK'nın 30/2. maddesindeki hükme göre daha lehe ise de, henüz dönüştürme işlemi yapılmadan Lira üzerinden hesaplama devam ederken, 5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddesinin uygulanamayacağını düşünmekteyiz. Çünkü, Lira üzerinden örneğin TCK'nın 456/4'deki gibi bir yasa maddesindeki (Lira) para cezası tutarının TCK'nın Ek 1 ve devamı maddeleriyle, suç tarihine göre güncelleştirme hesabı yapılırken, TCK'nın 30/2. maddesi uygulanacaktır. Buradaki hesaplama, Lira üzerinden yapıp, söz konusu para cezası maddesindeki rakamın, genel artırım hükümlerine göre suç tarihinde geçerli miktarı bulunacaktır. Bu hesaplama Lira üzerinden yapılacaktır ve bu aşamada 5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddesi uygulanamaz. Çünkü, 5083 sayılı Kanun'un

¹¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, yukarıda incelenen içtihadının yerleşmiş hale geldiği söylenebilir. Yargıtay CGK'nın aynı yönde bir kararı için bkz., 22.6.2004 günlü, E: 2004/6-125, K: 2004/144 sayılı karar.

2/2. maddesi, ancak YTL'ye dönüştürmeden sonra uygulanabilecek bir içeriğe sahiptir.

Tüm bu nedenlerle, Lira üzerinden yapılması gerekli hesaplamalarla ilgili olarak, TCK'nın 30/2. maddesinin, 5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddesiyle yürürlükten kaldırılmadığını düşünmekteyiz.

b. Yargı Kararlarındaki TL'ye/Lira'ya Yapılan Atıflar

5083 sayılı Kanun gereğince yapılacak dönüştürme işleminde tereddüde neden olabilecek bir konu da, 5083 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, "...idarî işlemlerde, yargı kararlarında, ... Türk Lirası'na veya Lira'ya yapılan atıflar, 2. maddede belirtilen değişim oranında Yeni Türk Lirası'na yapılmış sayılır." hükmünün nasıl yorumlanacağıdır. Bir başka deyişle, 1.1.2005 tarihinde henüz kesinleşmemiş ya da kesinleşmekle birlikte infaz ilişkisi sona ermemiş para cezası içeren bir yargı kararında, YTL'ye dönüştürme işlemi nasıl yapılacaktır?

3. maddede, örneğin "*yargı kararlarında ... Lira'ya yapılan atıflar*" şeklinde, çok genel bir ifade kullanılmıştır. "*Lira'ya yapılan atıflar*" ibaresinde, herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. Bu nedenle söz konusu ibarenin, yargı kararındaki Lira'ya yapılan tüm atıfları kapsadığı yorumu ağırlık kazanmaktadır. Bu takdirde, dönüştürme işlemine hüküm kısmının neresinden başlanacaktır?

3. maddenin gerekçesinde, yargı kararlarında ... Türk Lirası'na veya Lira'ya yapılan atıfların, bir milyon Türk Lirası eşittir bir Yeni Türk Lirası (1.000.000 TL = 1 YTL) değişim oranıyla, aynen Yeni Türk Lirası'na atıf yapılmış kabul edileceği ve geçerli sayılacağı hüküm altına alınmıştır; denilmiş ve başkaca bir açıklamaya yer verilmemiştir.

Bu sorunda, yargı kararındaki suç maddesi için takdir edilen (Lira) para tutarı YTL'ye dönüştürüldükten sonra, varsa artırma ve eksiltme işlemlerinin YTL üzerinden yapılması şeklinde bir yaklaşım akla gelmektedir. Özellikle bu yaklaşım, 1.1.2005'ten itibaren verilecek yargı kararlarında, suç tarihine göre suç maddesindeki (Lira üzerinden) para cezası tutarının güncelleştirilme hesabından sonra bulunan rakamın YTL'ye dönüştürülmesi ve buna göre artırma ve eksiltme hesaplarının YTL cinsinden yapılması düşüncemiz ile de paralellik taşımaktadır.

Acaba, 3. maddedeki hükmü, yargı kararındaki infaza esas sonuç para cezası olarak anlamak mümkün müdür?

Eğer, yargı kararlarındaki, tüm hesaplamalardan sonraki (infaza esas olan) sonuç tutarda Lira'ya yapılan atıfla ilgili dönüştürme esas alınacak olsaydı, bunun açıkça 3. maddede gösterilmesi gerekliydi diye düşünmekteyiz.

Diğer yandan, 3. maddede, dönüştürme işleminin, 2. maddede belirtilen değişim oranında yapılacağı açıkça belirtilmektedir. Bunun sonucu olarak da, 2/2. maddesi gereğince, yarım YKr'nin altındaki değerler dikkate alınmayacaktır.

Yukarıda incelenen Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı'nda, TCK'nın 30. maddesine *"yasa koyucu tarafından istisna oluşturması gayesiyle doğrudan doğruya belirlenmiş olmayan"* hesaplamalardan söz edilmekle, istisna hükümlerin yasayla getirilebilmesinin mümkün olduğu, istisna hüküm söz konusu değilse, belirli miktar küsuratın atılmasıyla ilgili hükmün, yargı kararındaki hesaplamanın her aşamasında dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.

TCK'nın 29. maddesi gereğince, kanunun belirli bir oranda cezayı arttırıp eksiltmeyi emrettiği hallerde, mevcut olan ağırlatıcı ve hafifletici nedenler nazara alınmaksızın, o fiil için ne ceza tayin edilecekse artırma ve indirme keyfiyetinin o ceza üzerinden uygulanacağına, bir çok nedenin birleşmesi halinde arttırma ve eksiltme hususunun ondan evvelki artırma ve eksiltme neticesi olan ceza miktarı üzerinden yapılacağına göre, 5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddesindeki *"yarım Yeni Kuruluş'un altındaki değerler dikkate alınmaz"* kuralındaki *"dikkate alınmaz"* ibaresi, bir hesaba başvurulması zorunlu, gerek hesaplama sonucu bulunan gerekse üzerinden hesaplama yapılacak olan her miktarı ve her aşamayı kapsamaktadır.

Bu yaklaşımın devamı olarak, 1.1.2005 tarihinden önce verilmiş infaz ilişkisi sona ermemiş yargı kararlarında, para cezası hesabında, sil baştan yeni işlemler yapılması gündeme gelebilecektir. Tıpkı, para cezası öngören bir kanun maddesindeki para tutarının Lira üzerinden genel artırım hükümlerine göre güncelleştirilmesi yapıldıktan sonra, bulunan Lira rakamın, YTL'ye dönüştürüldükten sonra, TCK'nın 29. madde gereğince artırma ve eksiltme işlemlerinin, bir önceki hesaplama sonucundaki YTL rakamına göre yapılması gibi, bir sonuç ortaya çıkabilecektir.

İşte bu YTL ile yapılan hesaplamalarda (yukarıdaki TCK'nın 30/2. maddesiyle ilgili Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı'ndaki gibi), 5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddesindeki yarım YKr'nin altındaki değerlerin atılması, yarım ve üstündeki değerlerin 1 YKr'ye tamamlanması kuralı, artırma ve eksiltmeyle ilgili her hesaplama sonucunda uygulanacaktır diye düşünmekteyiz.

Bu sonuç ise, büyük bir zaman ve emek kaybına, karışıklıklara ve ekonomik kayba neden olabilecektir.

Bize göre, 1.1.2005 tarihinden önce verilen ve infaz ilişkisi bitmeyen yargı kararlarındaki YTL'ye dönüştürme işleminin, karardaki (infaza esas olan) sonuç (Lira) ceza tutarı üzerinden yapılmasının 5083 sayılı Kanun'da açıkça düzenlenmesi, usul ekonomisinin sağlanması, karışıklık ve hatalı uygulamaların önüne geçilmesi bakımından çok yararlı olurdu.

4. 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun Ek 3. Maddesi

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun "Trafik suçlarına ilişkin cezalar" kenar başlıklı Ek 3. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

"2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'ndaki füller için, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere önceki yıla uygulanan mutlak ceza tutarları, o yıl için Vergi Usul Kanunu hükümleri uyarınca tespit ve ilan olunan yeniden değerlendirme oranında artırırlar.

Bu surette hesaplanacak ceza tutarlarında 100.000 Lira'ya kadar olan kesirler dikkate alınmaz."

2918 sayılı Kanun'daki trafik suçlarına ilişkin cezalarda, Ek 3. maddeye göre öncelikle suç tarihi itibarıyla ilgili maddedeki para tutarı güncelleştirilecek ve bulunan rakam üzerinden, 5083 sayılı Kanun hükümlerine göre, YTL'ye dönüştürme işlemi yapılacaktır.

Ek 3. maddenin 2. fıkrasındaki, hesaplanan ceza tutarlarında 100.000 Lira'ya kadar olan kesirlerin dikkate alınmaması kuralını, 5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddesindeki hükümle karşılaştırdığımızda:

$$100.000 / 1.000.000 = 0,1 \text{ YTL olmaktadır.}$$

$$0,1 \text{ YTL.} \times 100 = 10 \text{ YKr'ye tekabül etmektedir.}$$

Bu sonuç itibarıyla, 5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddesindeki yarım Kuruş'un altındaki değerlerin dikkate alınmaması kuralı, 2918 sayılı Kanun'un ek 3/2 maddesindeki 100.000 Lira'nın (yani 10 YKr'ye) kesirlerinin dikkate alınmaması kuralına göre sanığın aleyhine sonuç doğurmaktadır.

Bununla birlikte, Lira ile ilgili hesaplamalarda 2918 sayılı Kanun'un Ek 3/2. maddesindeki kural; YTL'ye dönüştürme ve YTL ile ilgili hesaplamalarda ise 5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddesindeki kural uygulanacaktır diye düşünmekteyiz.

IV. 1412 SAYILI CEZA YARGILAMASI HUKUKU AÇISINDAN DURUM

1412 sayılı CMUK'daki¹² usul kurallarıyla ilgili para tutarlarında da, 5083 sayılı Kanun hükümlerine göre dönüştürme işlemi yapılacaktır.

1412 sayılı CMUK'un 305. maddesine göre,¹³

1. İki milyar Lira'ya kadar (iki milyar dahil) para cezalarına dair olan hükümler,

2. Yukarı sınırı on milyar Lirayı geçmeyen para cezasını gerektiren suçlardan dolayı verilen beraat hükümleri,

Temyiz olunamaz; bu suretle verilen hükümler tekerrüre esas olmaz; ancak haklarında 343. madde hükümleri dairesinde Yargıtay'a başvuru-
labilir.

CMUK'un 305. maddedeki para tutarları, yıllara göre artırıma tabi değildir; bu nedenle, 5083 sayılı Kanun hükümlerine göre dönüştürme işlemi, 305. maddedeki rakamlar üzerinden yapılacaktır.

Dönüştürme sonucu aşağıdaki tabloda gösterilmiştir :

Karar Türü	CMUK m. 305 (Lira)	5083 S.1 K (YTL)
Mahkûmiyet	0 - 2.000.000.000	0 - 2.000
Beraat	0 - 10.000.000.000	0 - 10.000

CMUK'un 305. maddesindeki Lira cinsinden rakamlar, yeni bir kanunla değiştirilene kadar, yıllara göre artışa tâbi olmadığı için, YTL'ye dönüştürmede, yukarıdaki tablodaki rakamlar dikkate alınacaktır.

V. 1.1.2005 TARİHİNDEN İTİBAREN KABUL EDİLECEK VEYA YÜRÜRLÜĞE GİRECEK KANUNLARDAKİ PARA TUTARLARI

1.1.2005 tarihinden itibaren 5083 sayılı Kanun'un bütün hükümleri yürürlüğe girmektedir. 1.1.2005 tarihi itibarıyla Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin para birimi Yeni Türk Lirası olmaktadır.¹⁴

¹² Yürürlükte bulunduğu süre içinde.

¹³ CMUK'un 305. maddesinde, 14.7.2004 günlü, 5219 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 3. maddesinin (B) fıkrasıyla, 21.7.2004 günü itibarıyla, para tutarlarında artırma yapılmıştır.

¹⁴ 5083 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesine göre, halen tedavülde bulunan Türk Lirası banknotlar ile madeni paralar 1.1.2005-31.12.2005 tarihleri arasında Yeni Türk Lirası banknotlarla ve yeni çıkarılacak madeni paralarla birlikte tedavül edecektir. Ancak, bu yalnızca YTL'ye geçişteki uygulama evresine ilişkin bir hüküm niteliğindedir.

Bu nedenle, 1.1.2005 tarihinden itibaren kabul edilecek ya da önceden kabul edilse bile 1.1.2005 veya sonraki bir tarihte yürürlüğe girmesi öngörülen yasa ve diğer mevzuat hükümlerindeki Türk parasına ilişkin kuralların, Yeni Türk Lirası'na göre düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

VI. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA ADLİ PARA CEZALARI

A. Gün Para Cezası

1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan, 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, 5083 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınmamıştır. 5237 sayılı Kanun'da, "Yeni Türk Lirası" değil, "Türk Lirası" ibaresi kullanılmıştır.

4.11.2004 günlü, 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, 13 Kasım 2004 günlü ve 25642 sayılı *Resmi Gazete'* de yayımlanmıştır. 5252 sayılı Kanun'un 13. maddesine göre, "İnfazın Ertelenmesi veya Durdurulması" kenar başlıklı 10. maddesi yayımı tarihinde, diğer hükümleri 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmektedir.

5252 sayılı Kanun'un "Yeni Türk Lirası'nın Kullanılması" kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir :

"Türk Ceza Kanunu'nda geçen 'Türk Lirası' ibaresi karşılığında, uygulamada, 28.1.2004 tarihli ve 5083 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Para Birimi Hakkında Kanun hükümlerine göre ülkede tedavülde bulunan para 'Yeni Türk Lirası' olarak adlandırıldığı sürece, bu ibare kullanılır."

5252 sayılı Kanun'un TBMM Adalet Komisyonu'ndaki görüşmeleri sırasında Tasarı'ya eklenen 8. madde için;

"28.1.2004 tarihli ve 5083 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Para Birimi Hakkında Kanun hükümleri dolayısıyla, Tasarı metnine 'Yeni Türk Lirası'nın kullanılması' başlıklı yeni 8. madde eklenmiştir."

denilmiştir.¹⁵

Bize göre, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe gireceğine göre, bu tarihte 5083 sayılı Kanun zaten yürürlükte bulunacağından, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "Türk Lirası" ibaresinin kullanılması yerinde değildir. Nitekim, 5237 sayılı Kanun'da "Yeni Türk Lirası" ibaresi kullanılmış olsa idi, 5252 sayılı Kanun'da 8. maddedeki düzenlemeye gerek kalmayacaktı.

¹⁵ 5252 sayılı Kanun'un Sıra Sayısı, 675, Adalet Komisyonu Raporu (1/592).

5237 sayılı Kanun'la, adli para cezalarında, yeni bir sisteme geçilmektedir ve "gün para cezası" uygulaması getirilmektedir.

5237 sayılı Kanun'un "Adlî Para Cezası" kenar başlıklı 52. maddesi şöyledir :

"(1) Adlî para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesi'ne ödenmesinden ibarettir.

(2) En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adlî para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde bulundurulurarak takdir edilir.

(3) Kararda, adlî para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ayrı ayrı gösterilir.

(4) Hâkim, ekonomik ve şahsî hâllerini göz önünde bulundurarak, kişiye adlî para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler hâlinde ödenmesine de karar verebilir. Taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi hâlinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adlî para cezasının hapse çevrileceği belirtilir."

52. maddenin gerekçesine göre :

Gün para cezası sisteminin getirilmesinde; hâlen yürürlükte olan para cezası sisteminin, cezadan beklenen amaçları gerçekleştirmekten uzak kaldığı, özellikle enflasyon nedeniyle Türk parasının değerinin düşmesi karşısında, para cezalarını artırmak için sık sık yapılan kanun değişikliklerinin de, uygulamada çeşitli sorunlara yol açtığı, bu sorunların giderilmesi için para cezasının miktarının belirlenmesinde "memur maaş katsayısı" veya "yeniden değerlendirme oranı" gibi ölçütlerin dikkate alınmasının ise, ceza hukuku ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi gerekçeler etkili olmuştur.

Diğer yandan, gün para cezası sisteminin temel amacı, para cezasının kişinin ödeme gücüne göre belirlenmesi yoluyla, suç işleyen zengin ile fakir arasındaki eşitsizliği gidermektir. Bunun yanında sistem, uygulaması basit, etkili, saydam ve para cezasından güdülen amaçları yerine getirebilecek özelliktedir.

Hâkim, adli para cezasına hükmederken önce, suç karşılığı olarak kanundaki sınırlar arasında gün birimi sayısını saptayacaktır. Toplam gün birimi sayısı belirlenirken hâkim, cezanın bireyselleştirilmesindeki

ölçüleri esas alarak bir sonuca varacaktır. Örneğin; yüz gün birimi gibi. İkinci aşamada ise kişinin, ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde tutularak bir gün biriminin parasal miktarı tayin edilecektir. Bu miktarı hâkim, kişinin malvarlığını, bir günde kazandığı veya kazanması gereken gelirini dikkate alarak takdir edecektir. Örneğin; elli Türk Lirası gibi. Daha sonra toplam gün birimi sayısı ile bir gün biriminin parasal miktarı çarpılarak, adli para cezasının miktarı tespit edilecektir. Örnekte yüz (gün) ile elli (Türk Lirası) çarpıldığında adli para cezasının miktarı beş bin Türk Lirası olarak bulunmaktadır.

Hâkim gerektiğinde bu miktarın taksitle ödenmesine karar verebilecek ve bunu taksit sayısı ile birlikte kararında ifade edecektir. Taksitle ödemeye hükmedildiğinde, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi hâlinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği kararda ayrıca belirtilecektir.¹⁶

B. GÜN PARA CEZASIYLA İLGİLİ HÜKMÜN UYGULANMASINDA KARŞILAŞILABİLECEK SORUNLAR

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile getirilen yeni para cezası sisteminin, 5083 sayılı Kanun bakımından uygulanmasında kimi sorunlarla karşılaşılması kaçınılmazdır.

Öncelikle, 5237 sayılı Kanun'un 52. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, *"En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde bulundurularak takdir edilir."* denilmektedir.

1. 1 Ocak 2005 ilâ 31 Mart 2005 Arasındaki Dönem

5083 sayılı Kanun'un YTL'ye dönüştürmeye ilişkin hükümleri, 1.1.2005 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise, 1.4.2005 tarihinde yürürlüğe girmektedir. Bunun sonucu olarak, 1.1.2005 ilâ 31.3.2005 tarihleri arasındaki dönemde, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümleri uygulanacaktır.¹⁷

Bu üç aylık döneme ilişkin, yukarıda ele aldığımız, YTL'ye dönüştürmeyle ilgili olarak uygulamada sıkıntılar yaşanacaktır.

Diğer yandan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki para cezalarına ilişkin yeni hükümler, idarî para cezalarını kapsamamaktadır.

¹⁶ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 52. maddesinin gerekçesinden.

¹⁷ 5252 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki 1 Nisan 2005 tarihinden önce kesinleşmiş hükümlerle ilgili istisnai kurallar hariçtir.

5252 sayılı Kanun'un "Diğer kanunlardaki para cezalarının artırılması ve usulü" kenar başlıklı 4. maddesi de, 1.1.2005 ila 31.3.2005 arasındaki dönemde uygulanmayacaktır.

2. 1 Nisan 2005 ve Sonrası

1 Nisan 2005 tarihinden itibaren işlenen (adli) suçlarda, YTL'ye ilişkin hükümlerin uygulanmasının, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre da kolay olabileceğini düşünmekteyiz.

Bununla birlikte, 31.3.2005 tarihine kadar işlenen (adli) suçlar bakımından, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe gireceği 1.4.2005 tarihinden itibaren yapılacak uygulamalarda, YTL'ye dönüştürme işlemlerinde daha farklı sorunlarla karşılaşılabilir.

a. 5252 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un İlgili Hükümleri

5252 sayılı Kanun'un para cezalarına ilişkin hükümleri 1 Nisan 2005 tarihinden itibaren yürürlüğe girmektedir. 5252 sayılı Kanun'da, hem adli para cezaları ve hem de idarî para cezalarına ilişkin hükümler yer almaktadır.

5252 sayılı Kanun'un "Ağır para cezasının dönüştürülmesi" kenar başlıklı 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında

"(1) Özel ceza kanunları ile ceza içeren kanunlarda öngörülen 'ağır para' cezaları, 'adli para' cezasına dönüştürülmüştür."

denilmektedir.

5252 sayılı Kanun'un "Diğer kanunlardaki para cezalarının artırılması ve usulü" kenar başlıklı 4. maddesi ise şöyledir:

"(1) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun dışındaki kanunlarda yer alan para cezalarından nispi nitelikteki vergi ve resim cezaları, nispi para cezaları ve tazminat kabilinden değişen orana bağlı bulunan para cezaları hariç olmak üzere, kanun ve tüzüklerde alt ve üst sınırları veya bunlardan birinin gösterildiği veya hiç gösterilmediği veya sabit bir rakam olarak gösterilmiş bulunan para cezalarından (idarî ve disiplin para cezaları dahil);

a. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin ilk kurulduğu tarihten önce yürürlüğe girmiş bulunan bütün kanun ve tüzüklerde yazılı olup da, daha sonraki tarihlerde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce miktarına dokunulmamış para cezaları yüz kırk iki bin sekiz yüz altmış katına,

b. Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul olunup da;

1. 31.12.1939 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları seksen beş bin yedi yüz on beş katına,

...

13. 1.1.2002 tarihinden 31.12.2002 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları iki katına, çıkarılmıştır.”¹⁸

Görülüyor ki, 5252 sayılı Kanun’la, 1 Nisan 2005 tarihinden itibaren özel ceza yasaları ile ceza içeren yasalardaki ağır para cezaları, adli para cezasına dönüştürülmektedir. Diğer yandan, Türk Ceza Kanunu dışındaki yasalardaki (idari ve disiplin para cezaları dahil) sözü edilen para cezaları yeniden güncelleştirilmektedir. Çünkü, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Ek 1. maddesi 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlükten kaldırılmaktadır. Bu durumda, 1 Nisan 2005 tarihidan itibaren, söz konusu Ek 1. maddesinin yürürlükten kalkmasıyla oluşacak boşluk, 5252 sayılı Kanun’un 4. maddesiyle doldurulmak istenmektedir.

b. Lehe Kanun Uygulaması

5252 sayılı Kanun’un “*Lehe olan hükümlerin uygulanmasında usul*” kenar başlıklı 9. maddesi şöyledir:

“(1) 1 Nisan 2005 tarihinden önce kesinleşmiş hükümlerle ilgili olarak, Türk Ceza Kanunu’nun lehe olan hükümlerinin derhal uygulanabileceği hallerde, duruşma yapılmaksızın da karar verilebilir.

(2) 1. fıkra hükmü, 1 Nisan 2005 tarihinden önce verilip de Yargıtay tarafından Lehe olan hükümlerin uygulanması hususunda değerlendirme yapılması gerektiği gerekçesiyle bozularak mahkemesine gönderilen hükümler hakkında da uygulanır.

(3) Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir.”

Görülüyor ki, 5252 sayılı Kanun’un 9. maddesi, öncelikle 1 Nisan 2005 tarihinden önce verilen kesinleşmiş ve fakat infaz ilişkisi sona ermemiş olan mahkûmiyet hükümlerinde lehe kanun uygulamasını düzenlemektedir.

¹⁸ 4. madde gerekçesi şöyledir: “Maddeyle, Türk Ceza Kanunu’nun dışındaki kanunlarda yer alan para cezaları, etkinliklerini yitirmemeleri için 14.12.1998 tarihli ve 3506 sayılı, 1.8.1999 tarihli ve 4421 sayılı Kanunlarla 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’na eklenen Ek 1, Ek 2, Ek 4, Ek 5 ve Ek 6. maddeler gözetilmek ve bu maddelerle belirlenen tarih bölümleri ve oranlar esas alınmak suretiyle günün koşullarına uygun duruma getirilmiştir.”

İnceleme konumuz açısından, gün para cezasının, her somut olayda her sanık için ayrıca hesaplanacak olması nedeniyle, 5237 sayılı Kanun'un yürürlüğünden önce işlenen suçlarda, Lehe Kanunu'nun belirlenmesi de, hemen mümkün olamayacaktır. Çünkü, gün para cezasında, 5237 sayılı Kanun'un 52. maddesinin gerekçesinde de açıklandığı üzere hakim, önce para cezasının gün sayısını belirleyecek; sonra, bir gün karşılığı para tutarını takdir edecek; en sonunda da, belirlenen gün sayısı ile bir gün için para tutarını çarparak adli para cezasını bulacaktır. Buradaki ilk iki belirlemeyi yaparken ise hakim, cezanın bireyselleştirilmesindeki ölçüleri esas alarak bir sonuca varacaktır. Bireyselleştirme ölçüleri ise, 52. maddeye göre, kişinin ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde bulundurularak takdir edilecektir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu uygulamasında, para cezası verilirken çoğunlukla sanığın özellikle ekonomik (ve şahsî) hâli incelenmemektedir. Hal böyle olunca, 1.4.2005 tarihinden önce işlenen bir suçta, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu mu yoksa 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümleri mi sanığın lehine olur, bunu iki yasa metnine bakarak hemen söyleyebilmek mümkün görünmemektedir. Çünkü, gün para cezası, sanığın şahsına bağlı bir hesaplama dayanmaktadır ve (1.4.2005 öncesine dayanan) ceza davası dosyalarının pek çoğunda, sanığın ekonomik ve şahsî hallerinin araştırılma bilgileri yer almamaktadır. Bu bilgileri tamamlamak yoluna gidilmesi de, usul ekonomisi açısından pek çok olumsuzluklara neden olabilecektir.

c. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Bir Türk Lirası'nın Artakalanının Hesaba Katılmaması

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Cezanın Belirlenmesi" kenar başlıklı 61. maddesinin (6) numaralı fıkrasında,

"...Hapis cezası için bir günün, adlî para cezası için bir Türk Lirası'nın artakalanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez."

denilmektedir.

Bu kuralda, sözü edilen "bir Türk Lirası" ibaresi, 5252 sayılı Kanun'un 8. maddesi gereğince Yeni Türk Lirası olarak kabul edilecektir.

Buradaki önemli sorun, 5237 sayılı Kanun'un 61. maddesinin (6) numaralı fıkrasındaki "bir Türk Lirası'nın artakalanı hesaba katılmaz" ibaresinin, 5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddesindeki "yarım Yeni Kuruş'un altındaki değerler dikkate alınmaz." hükmüyle uyumlu olmamasıdır.

5237 sayılı Kanun'un 61. maddesinin (6) numaralı fıkrasına göre, 1 YTL'nin artakalanı yani 99 Yeni Kuruş ve aşağısı dikkate alınmazken, 5083

sayılı Kanun'un 2/2. maddesi gereğince bu miktar yarım YTL'nin artakalanı yani 49 Yeni Kuruş ve aşağısının dikkate alınmaması şeklindedir.

Elbetteki, bu durumda artakalan kuralında, 5083 sayılı Kanun değil, 5237 sayılı Kanun hükmü, lehe olduğu için uygulanacaktır. Ancak biz, uygulamada duraksama ve yanlışlıklara neden olunmaması bakımından, 5237 sayılı Kanun'un 61. maddesinin (6) numaralı fıkrasının, 5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddesi ile uyumlu hale getirilmesinin yararlı olacağını düşünmekteyiz.

VII. 5083 SAYILI KANUN'UN UYGULANMASINDAKİ TEREDDÜTLERDE YETKİ

5083 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin son fıkrasında;

"Bu Kanun'un uygulanmasında karşılaşılan tereddütleri gidermeye ve gerekli düzenlemeleri yapmaya Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu Bakan; görev alanlarına giren konularda düzenleme yapmaya Maliye Bakanlığı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, Sermaye Piyasası Kurulu ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu yetkilidir."

denilmektedir.

Geçici 1. maddenin son fıkrasında, (kendi görev alanıyla sınırlı da olsa) birçok bakanlık sayıldığı halde, yargı erki açısından Adalet Bakanlığı'nın sayılmamasının önemli bir eksiklik olduğunu düşünmekteyiz.

VIII. SONUÇ

İncelememizden çıkardığımız sonuçları, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümleri ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümleri açısından iki bölümde belirtmek istiyoruz :

a. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Hükümleri Açısından:

5083 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 1.1.2005 tarihinden, 31.3.2005 tarihine kadarki dönemde, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümleri yürürlüktedir.

1.1.2005 tarihinden itibaren Yeni Türk Lirası ve Yeni Kuruş dönemine girilirken, ceza ve ceza yargılaması hukuku açısından, yasalarda Lira ve Türk Lirası olan rakamların dönüştürme işlemlerinde, 5083 sayılı Kanun'un normatif yapısındaki eksiklikler nedeniyle kimi sorunların yaşanması kaçınılmaz gözükmektedir.

5083 sayılı Kanun'un 3. maddesindeki, "*Kanunlarda ve diğer mevzuatta, idarî işlemlerde, yargı kararlarında, her türlü hukukî muamelelerde, kıymetli evrak ve hukukî sonuç doğurucu diğer belgeler ile ödeme ve değişim araçlarında Türk Lirası'na veya Lira'ya yapılan atıflar, 2. maddede belirtilen değişim oranında Yeni Türk Lirası'na yapılmış sayılır.*" kuralı, yeterince açık değildir ve yoruma dayalı uygulama farklılıklarına yol açabilecek niteliktedir. Bir başka deyişle, aynı nitelikteki konular için, 3. maddede yapılan çok genel düzenlemenin, uygulamada pek çok farklı yoruma neden olabilecek yapıda olduğunu düşünmekteyiz.

Örneğin; 5083 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, kanunlardaki Lira üzerinden para tutarları ile örneğin; yargı kararlarındaki Lira'ya yapılan atıfların, aynı hükümde ve hiçbir açıklama yapılmadan düzenlenmesi de, uygulamadaki belirsizlikleri artırabilecek niteliktedir.

Başta (765 sayılı) Türk Ceza Kanunu olmak üzere, para cezası öngören yasa maddelerindeki para tutarlarının değerinin düşmesi nedeniyle, zaman zaman çıkartılan genel uygulama yasalarıyla yıllara göre artışa tâbi tutulması, 5083 sayılı Kanun'la farklı bir boyut kazanmaktadır.

5083 sayılı Kanun'un 2. maddesindeki YTL'ye dönüştürme işlemlerinde, bir yasa maddesindeki para cezası tutarı, önce suç tarihine göre genel artırma hükümleriyle güncelleştirilecektir. Bu bağlamda, TCK'nın Ek 1 ve devamı maddeleri ve (örneğin; 2918 sayılı Kanun'un Ek 3. maddesindeki gibi) kimi özel düzenlemeler uygulanacaktır.

Bu noktada, 765 sayılı TCK'nın 30/2. maddesindeki 1.000 Lira'nın küsuratı hesaba katılmaz kuralının uygulanmasında, 5083 sayılı Kanun'un 2/2 maddesindeki "*yarım Yeni Kuruş'un altındaki değerler dikkate alınmaz*" kuralı karşısında tereddütler yaşanabilecektir. Ancak biz, örneğin; bir kanun maddesindeki para cezasının, genel artırım hükümleriyle suç tarihine göre güncelleştirilmesindeki gibi Lira üzerinden yapılan hesaplamalarda, 765 sayılı TCK'nın 30/2. maddesinin uygulanması gerektiğini, 5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddesinin ise, ancak YTL'ye dönüştürme işlemi ve YTL ile ilgili olarak uygulanabileceğini düşünmekteyiz.

Diğer yandan, 5083 sayılı Kanun'un 3. maddesinin kaleme alınış biçimi itibarıyla, yargı kararlarındaki dönüştürme işlemlerinde de, tereddütler yaşanabilecektir. Örneğin; 1.1.2005 tarihinde, infaz süreci devam eden kesinleşmiş bir yargı kararında, dönüştürme işlemi, infazda esas alınacak sonuç para cezası tutarı üzerinden mi yapılacaktır; yoksa, yukarıda ele aldığımız üzere, TCK'nın 2, 29. ve 5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddeleri dikkate alınarak, hükümdeki hesaplama en baştan itibaren yeniden mi yapılacaktır?

5083 sayılı Kanun'un 3. maddesindeki çok genel hüküm nedeniyle, infaz ilişkisi sona ermemiş yargı kararlarında para cezası hesabının en baştan itibaren yapılması gerekebilecektir. Bu sonuç ise, büyük bir karmaşa yaşanmasına, iş yükünün artmasına, zaman kaybına ve daha birçok olumsuzluklara neden olabilecek gibi gözükmektedir.

Oysa, 31 Ocak 2004 tarihli ve 25363 sayılı *Resmî Gazete'* de yayımlanan 5083 sayılı Kanun'da, 16.7.2004 tarihli ve 5228 sayılı Kanun'la değişiklik yapılırken; 5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddesi ile TCK'nın 30/2 maddesinin ve hatta 2918 sayılı Kanun'un Ek 3. maddesinin birbirine etkileri konusu ile örneğin; yargı kararlarındaki dönüştürme hesaplamalarına ilişkin açık hükümler getirilmesi yararlı olurdu.

Bu çerçevede, usul ekonomisi açısından, yargı kararlarındaki YTL'ye dönüştürmelerin, yargı kararlarındaki infaza esas olan sonuç tutar üzerinden yapılacağına ilişkin (en azından geçici bir maddeyle, YTL uygulaması yerleşene kadar) açık bir kural getirilebilirdi.

b. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Hükümleri Açısından

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 1 Nisan 2005 tarihinden itibaren yürürlüğe girmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, "*Türk Lirası*" ibaresi kullanılmıştır ve Yeni Türk Lirası'ndan söz edilmemiştir. Bununla birlikte, örneğin; 52. maddenin (2) numaralı fıkrasında, "*En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adlî para cezasının miktarı*" ibaresinde ve 61. maddenin (6) numaralı fıkrasındaki "*bir Türk Lirası'nın artakalanı hesaba katılmaz*" ibaresindeki, rakamlar (tutar itibarıyla), Yeni Türk Lirası'nı çağrıştırmaktadır. Buradaki çelişki 4.11.2004 günlü, 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 8. maddesiyle giderilmiştir.

Esasında, 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, 1 Ocak 2005 tarihinde yürürlükte olan 5083 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınarak "*Yeni Türk Lirası*" ibaresi kullanılmıydı. Böylece 5252 sayılı Kanun'da, 8. maddenin konulmasına hiç gerek kalmayacaktı.

5237 sayılı Kanun'un 61. maddesinin (6) numaralı fıkrasındaki "*bir Türk Lirası'nın artakalanı hesaba katılmaz*" ibaresi ile 5083 sayılı Kanun'un 2/2. maddesindeki "*yarım Yeni Kuruş'un altındaki değerler dikkate alınmaz.*" hükmü arasındaki farklılığın giderilmesi, uygulamadaki olası karışıklıklara engel olunması bakımından yararlı olacaktır.

1 Nisan 2005 tarihinden önce işlenen (ve infaz ilişkisi sona ermemiş olan) suçlar bakımından, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu açısından, Lehe Kanun hükmünün uygulanmasında, değişik sorunlarla karşılaşılması kaçınılmaz görünmektedir. Şöyle ki;

765 sayılı Kanun mu lehedir, 5237 sayılı Kanun mu lehedir? Bunun belirlenebilmesi için, her iki yasa bakımından da, somut olayda para tutarlarının ayrı ayrı hesaplanması gerekebilecektir. Bu ise, 765 sayılı Kanun açısından YTL'ye para tutarının dönüştürülmesinde, yukarıda ele aldığımız sorunları gündeme getirecektir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu uygulamasında, para cezası verilirken büyük çoğunlukla sanığın özellikle ekonomik (ve şahsî) hali incelenmemektedir. Hal böyle olunca, 1.4.2005 tarihinden önce işlenen bir suçta, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu mu yoksa 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümleri mi sanığın lehine olur? Bunu iki yasa metnine bakarak hemen söyleyebilmek mümkün görünmemektedir. Çünkü, gün para cezası, sanığın şahsına bağlı bir hesaplama dayanmaktadır ve (1.4.2005 öncesine dayanan) ceza davası dosyalarının pek çoğunda, sanığın ekonomik ve şahsî hallerinin araştırılma bilgileri yer almamaktadır. Bu bilgileri tamamlamak yoluna gidilmesi de, usul ekonomisi açısından pek çok olumsuzluklara ve zaman kaybına neden olabilecektir.

1 Nisan 2005 tarihinden itibaren işlenen suçlarda, yasalardaki adli para cezalarının Yeni Türk Lirası'na dönüştürülmesi, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre daha kolay yapılabilecektir. Fakat, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun gün para cezası hükümleri, yalnız adli para cezaları için geçerlidir ve mevzuatımızdaki idarî para cezaları için uygulanmayacaktır. İdarî para cezalarında, 5252 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki diğer kanunlardaki para cezalarının artırılması hükmü dikkate alınacaktır.

1 Nisan 2005 tarihinden itibaren işlenen idarî suçların büyük çoğunluğunda, güncelleştirme hesabı, 5252 sayılı Kanun'un 4. maddesi dikkate alınarak yapılacaktır ve (yürürlükten kalktığı için) 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Ek 2. maddesindeki yeniden değerlendirme oranına göre hesaplama yapılmayacaktır. Bununla birlikte, kimi yasalarda yeniden değerlendirme oranına ilişkin istisna hükümler de söz konusu olabilecektir. Örneğin; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun Ek 3. maddesine göre, Karayolları Trafik Kanunu'ndaki fiiller için, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere önceki yıla uygulanan mutlak ceza tutarları, o yıl için Vergi Usul Kanunu hükümleri uyarınca tespit ve ilan olunan yeniden değerlendirme oranında artırılarak hesaplanacaktır.

İDARİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE YARGILAMA DIŞI USULLER (I)

Dr. Mustafa ÖZBEK*

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA VE MUKAYESELİ HUKUKTA İDARİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE YARGILAMA DIŞI USULLER

GİRİŞ

İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olması (Anayasa m. 125, I) hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. İdare ile bireyler arasında çıkan uyuşmazlıklar, “*idari yargı*” sisteminin benimsendiği ülkelerde, bu amaçla kurulmuş olan idare mahkemelerince çözümlenmektedir. Ancak günümüzde, belirli koşullarda ve belirli uyuşmazlıklarda, bir taraftan kamu idaresinin kaynaklarının tedbirli kullanılmasına ve idarenin sorumluluğunun artmasına imkan verirken, diğer taraftan bireylerin haklarını aramasını sağlayabilecek alternatif çözümler bulunmaktadır. Son yıllarda idari uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir gelişme gösteren yargılama dışı usuller, mukayeseli hukukta büyük ilgi görmektedir. İdari uyuşmazlıkların çözümünde yargılama dışı usullerin tanımının, amacının, gelişiminin, uygulanma şeklinin ve hem ülkemizdeki hem mukayeseli hukuktaki düzenlemelerinin incelenmesi amacıyla yapılan bu çalışmada, dahili incelemeler, uzlaştırma, arabuluculuk, müzakere ve tahkim usullerine değinilmiştir. Ayrıca, işlevi itibarıyla idareyle vatandaşları uzlaştıran ombudsmanın da diğer yargılama dışı usuller içindeki yeri belirlenmeye çalışılmış ve günümüz uygulamasındaki önemi nedeniyle ombudsman ayrı bir başlık altında değerlendirilmiştir. Böylece, ülkemizde bu konuda yapılacak bir yasal düzenlemede dikkate alınabilecek hususlar belirlenmeye çalışılmıştır.

* Ankara Barosu üyelerinden. (Bu çalışmada kullanılan yabancı kaynakların temininde ve çalışmanın tashihlerinde yardımcı olan annem, Gazi Üniversitesi öğretim görevlisi Seviye Özbek’e teşekkürlerimi sunuyorum.)

§ 1. Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü

Yirminci yüzyılın son çeyreğinde yargı sisteminin karşılaştığı ciddi krizler, bu alandaki çalışmaları artırmıştır. Artan dava sayısına bağlı olarak davaların çözülme süresindeki uzama ve yüksek yargılama giderleri, vatandaşların adalete ulaşma hakkını kullanmasını giderek zorlaştırmıştır. Durum böyleyken her iki tarafın da menfaatinin olması halinde, uyuşmazlığın müzakere edilerek daha kolay çözüldüğü görülmüştür. Taraflar yıllarca sürecek mücadeleci bir dava sürecinde yıpranmak ve ne gibi bir sonuçla karşılaşacaklarını tahmin edemedikleri belirsiz bir ortama katlanmak yerine, uyuşmazlık çözüm süreci üzerindeki kontrolün kendilerinde olduğu usulleri tercih etmeye başlamışlardır. Böylece uyuşmazlıklar, mahkemelerin dışında; fakat, hukuk kurallarına uygun bir süreçte çözülmeye başlamıştır.¹

Uyuşmazlık çözümünde kullanılan bu dava dışı usuller, genel olarak alternatif uyuşmazlık çözümü (Alternative Dispute Resolution, ADR) adıyla anılmaya başlanmıştır. ADR, uyuşmazlıkların çözümü için mahkemeler tarafından yürütülen dava yoluna alternatif olarak işleyen, genellikle tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımını ve yardımını gerektiren usuller topluluğu olarak tanımlanır.²

ADR, geleneksel uyuşmazlık çözüm mercileri olan mahkemelerin yerini almaktadır. Günümüzde uyuşmazlıkların çoğu mahkemelerde dava yoluyla çözülmemektedir. Uyuşmazlık çözümü üzerinde çalışan literatür, anlaşmazlıkların uyuşmazlığa dönüşebileceğini belirterek, mahkeme yargılaması dışında çok sayıda uyuşmazlık çözüm yolunun mevcut olduğunu vurgulamıştır. Gerçekten de dava konusu olmaya uygun olmayan uyuşmazlıkların başlangıçta hakemler, arabulucular, vakıa tespitçileri veya ombudsmanlar gibi bir grup uyuşmazlık çözüm uzmanına havale edilmesi mümkündür. Bir uyuşmazlık en sonunda mahkemeye intikal ettiğinden, uyuşmazlıkların yaklaşık %90-95'i mahkeme yargılaması olmadan yada çok kısa bir yargılama süreci sonunda müzakere yoluyla çözülmektedir.³ Bu nedenle, "alternatif" usuller üzerindeki tartışmalar, mahkemelerin yerine ikame edilecek bir yol bulmak ihtiyacına dayanmamakta; bunun yerine, bu

¹ European Committee on Legal Cooperation, 23. Conference of European Ministers of Justice, Cost-Effective Measures Taken By States To Increase The Efficiency of Justice, London 2000, s. 23; Meiners, Roger E. - Ringleb, Al H. - Edwards, Frances L., *The Legal Environment of Business*, Minneapolis/St.Paul 1997, s. 113.

² Brown, Henry J. - Marriott, Arthur L., *ADR Principles and Practice*, London 1999, s. 12; Nolan - Haley - Jacqueline M., *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, St. Paul 2001, s. 2; Özbek, Mustafa, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara 2004, s. 83.

³ Meiners - Ringleb - Edwards, s. 113.

alternatif yöntem ve usullerin işlevlerinin daha iyi anlaşılmasını sağlama ihtiyacına dayanmaktadır.⁴

Birleşik Devletler’de doğan ve gelişen ADR 1970 yılında ilk kez kurulan tahkim ve arabuluculuk programlarıyla federal bölge mahkemelerinin uygulamasına girmiş ve bunu 1980 yılında kısa yargılama ve ön tarafsız değerlendirme gibi yeni usullerin kullanılmaya başlanması izlemiştir. 1990 yılındaki Medeni Yargı Reformu Kanunu’yla⁵ öngörülen altı temel dava yönetim ilkesinin içinde yer alan ADR, 1998 yılında çıkarılan Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Kanunu’yla⁶ federal hukuk politikası haline gelerek bölge mahkemelerinin tamamında geniş bir uygulamaya sahip olmuştur.⁷

ADR’nin temel faydalarını şu şekilde sıralamak mümkündür:⁸

1. Mahkemelerin iş yükünü ve giderlerini azaltmak,
2. Tarafların yargılama için harcadıkları giderleri ve zamanı azaltmak,
3. Toplum veya ihtilaflı tarafların aile hayatlarına zarar veren uyuşmazlıkların hızlı bir şekilde çözümünü sağlamak,
4. Bireylerin adalet sisteminden daha iyi bir şekilde tatmin olmasını sağlamak,
5. Tarafların ihtiyaçlarına uygun olan çözümleri teşvik etmek,
6. Tarafların uyuşmazlık çözüm usullerine gönüllü olarak uymalarını sağlamak,
7. Komşuluk ve topluluk değerlerini ve toplulukların ilişkilerini onarmak,

⁴ Sander, Frank E. A., *Alternative Methods of Dispute Resolution, An Overview (University of Florida Law Review, 1985/1, Vol. 37, s. 1-18)*, s. 1; Ayrıca bkz., Kovach, Kimberlee K., *Introduction (Handbook of Alternative Dispute Resolution, The State Bar of Texas, Austin 1990, s. 3-18)*, s. 4.

⁵ 28 USC, s. 471-482.

⁶ 28 USC, s. 651-658.

⁷ Plapinger, Elizabeth - Stienstra, Donna, *ADR and Settlement in the Federal District Courts, a sourcebook for judges & lawyers, Federal Judicial Center and the CPR Institute for Dispute Resolution 1996*, s. 3; Goldberg, Stephen B. - Sander, Frank E. A. - Rogers, Nancy H., *Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes*, New York 1999, s. 9.

⁸ Goldberg - Sander - Rogers, s. 8; Bühring-Uhle, Christian, *Arbitration and Mediation in International Business, The Hague 1996*, s. 270; Stitt, Allan J., *Alternative Dispute Resolution For Organizations: how to design a system for effective conflict resolution*, Toronto 1998, s. 11; Adams, George W. - Bussin, Naomi L., *Alternative dispute resolution and the Canadian courts: a time for change (Arbitration and Dispute Resolution Law Journal, 1995, Vol.4 s. 243-262)*, s. 249; Wilkinson, John H., *Advantages and Obstacles to ADR (Donovan Leisure, Newton & Irvine ADR Practice Book, New York 1990, s. 11-29)*, s. 12-19.

8. İhtilafli taraflarca ulaşılabilecek usuller oluşturmak,

9. Halka, uyuşmazlıkların çözümünde şiddet yada dava yolu yerine daha etkili olan usulleri denemelerini öğretmek.

ADR usulleri değişik kıstaslara göre (örneğin, hak temelli veya menfaat temelli olmalarına göre⁹) tasnif edilmektedir. Bu tasnifler içinde en yaygın olanı, tarafların uyuşmazlık çözüm süreci üzerindeki kontrollerinin gücüne göre yapılan tasniftir. Örneğin, tarafların uyuşmazlık çözüm süreci sonunda verilecek olan karar üzerindeki etki ve kontrolünün en yüksek olduğu usulden en düşük olduğu usule doğru bir sıralama yapılması mümkündür. Buna göre, uyuşmazlık bizzat taraflarca (doğrudan müzakere yoluyla) çözüldüğünde tarafların kontrolü en üst düzeyde; uyuşmazlık resmi bir yargılama sürecinde üçüncü bir kişi tarafından çözüldüğünde, tarafların kontrolü en alt düzeydedir. Bu bilgiler ışığında en çok kullanılan ADR usullerini, üçüncü kişinin müdahale ve kontrolünün giderek arttığı bir sıralamayla şu şekilde özetlemek mümkündür¹⁰ Müzakere, arabuluculuk, kısa yargılama, ön tarafsız değerlendirme, kısa jüri yargılaması, ombudsman, arabuluculuk, tahkim.

§ 2. İdare Hukukumuzda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü

Ülkemizde idarenin taraf olduğu çok sayıda dava bulunmaktadır. Bu davalar şekli yargılama hukuku kuralları yüzünden uzun sürmekte; bu durum da hem idarenin hem de vatandaşların gereksiz masraflara katlanmasına yol açmaktadır. Dahası, idare mahkemeleri davaların geç sonuçlanması nedeniyle, idari eylem ve işlemlerden dolayı zarar gören kişilerin zararlarını tam olarak tazmin edecek kararlar verememektedirler. Bireyler yargı kararlarıyla, zararlarını tazmin etme üzere talep ettikleri miktarda

⁹ Menfaat temelli müzakereler, tarafların, açıkça belirtilmeyen ama taraflar için önem taşıyan ihtiyaçları üzerinde yoğunlaşan müzakerelerdir. Böylece ücret müzakereleri, bir akdin devamı süresince ücret artışı öngörülmesi veya belirli bir hayat pahalılığı formülüne bağlı olarak bir artışa karar verilmesi yoluyla çözülebilir. Burada, işverenin masraflarını konu alan menfaatiyle, işçinin adil bir ücret alma konusundaki menfaatinin kontrol altına alınması amaçlanır. Menfaat temelli müzakerelerin amacı, her iki tarafın da iddia ettikleri hakların ve ileri sürdükleri durumların aksine, asli ve gerçek menfaatlerini ortaya çıkarmak, anlamak ve keşfetmektir. Tarafların konuları ve hakları çoğu zaman çatışırken, temel menfaatleri maddi hususlarda genellikle çakışmaktadır (Adams - Bussin, s. 244).

Menfaat temelli müzakerelerin tersine hak temelli müzakereler, tarafların yasal hakları üzerinde yoğunlaşır. Taraflar, davanın sonucunu tahmin etmeye çalışırlar ve bu tahmine dayanarak uyuşmazlığı ele alırlar (Adams - Bussin, s. 245).

¹⁰ Adams - Bussin s. 245-249; Brown - Marriott, s. 17-19.

Türk Lirası alabilmekte; bu nedenle de, Türk Lirası'nın dava süresi boyunca yüksek enflasyondan kaynaklanan değer kaybı karşılanamamaktadır.¹¹

İdare mahkemelerinde görülmekte olan davalara her yıl yenileri eklenmektedir. Örneğin, 2002 yılında idare mahkemelerinin hükümlerine karşı Danıştay'da 60.570 adet temyiz dosyası açılmıştır. 2002 yılında toplam 57.546 temyiz talebi karara bağlanmış, 73.448 dosya ise 2003 yılına devretmiştir. Gerek idare mahkemelerinin gerek Danıştay'ın altında bulunduğu iş yükü ve idarenin uzlaşmaya eğilimli olmayan tavrı dava sayısını ve davaların çözülme süresini uzatmaktadır.¹² İdari yargıda yargılama sürecinin uzamasının kaçınılmaz sonucu da, bireylerin adil yargılanma hakkının ihlali olmaktadır.¹³

İdari yargının gereksiz bazı davalarla meşgul edildiği de bir gerçektir. Ülkemizde kamu kurum ve kuruluşlarının yetkilileri ileride herhangi bir sorumlulukla karşılaşmamak düşüncesiyle, hukuk müşavirlerini gereksiz yere dava açmaya veya açılmış olan davaları sonuna kadar sürdürmeye zorlamaktadırlar.¹⁴ Pek çok uyuşmazlıkta uzlaşma teşebbüsünde bulunulmaması veya uzlaşma için çaba gösterilmemesi yüzünden davalar yargı aşamasına taşınmaktadır. Bu yanlış uygulama mutlaka değiştirilmeli, idari mercilerin bünyesinde oluşturulacak ADR birimlerine yetki verilerek ADR idare hukukunun bir parçası haline getirilmelidir.¹⁵

Medeni yargıda ve ceza yargısında olduğu gibi, idari yargıda da etkinliğin artırılarak mahkemelerin daha verimli çalışabilmesi için idari yargıdaki iş yükünün azaltılması gereklidir.¹⁶ Bu amaçla kullanılacak en etkili

¹¹ Ünlüçay, Mehmet, İdari Yargının İşlevi ve Görev Alanı, (İdari Yargı Paneli, 11-12 Nisan 2000 Mersin, Türkiye Barolar Birliği/Mersin Barosu, s. 33-65), s. 43.

¹² Ünlüçay, s. 39.

¹³ Zabunoğlu, Yahya K., Adil Yargılanma Hakkı ve İdari Yargı (*Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, İzmir 2000 s. 314-320), s. 319.

¹⁴ Devlet Planlama Teşkilatı, "Adalet Hizmetlerinde Etkinlik", *Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, Ankara 2000, s. 51.

¹⁵ Doktrinde ve uygulamada, idari işlemlerin ilgililerinin gereksiz yere dava açmak zorunda bırakılmaması ve idari yoldan çözülmesi mümkün olan uyuşmazlıkların, yargı yoluna başvurmaya gerek kalmadan idare içinde çözülmesinin "iyi idare ilkesi"nin gereklerinden olduğu haklı olarak belirtilmektedir (Bağcı, İbrahim, *Hukuk Devletinde İyi İdare, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler*, 17-18 Ocak 1998 Ankara, s. 286-288, s. 286). Bu amaçla, idare bünyesinde itiraz kurulları oluşturulması önerilmekte; merkez ve yerinden yönetim idarelerinde hukuk, personel ve teftiş birimlerinin katılımıyla uyuşmazlıkların idari yargı dışında çözülmesi tavsiye edilmektedir (Yıldırım, Turhan, "İdari Usul Yasası Kapsamında İdareye Başvuru", *İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler*, 17-18 Ocak 1998 Ankara, s. 247-253, s. 252).

¹⁶ İdari yargıdaki aşırı iş yükünün giderilmesi ve idari yargının etkinliğinin artırılması için alınması gereken tedbirler hakkında bilgi için bkz., Devlet Planlama Teşkilatı

yöntem de hiç şüphesiz ki ADR olacaktır. ADR sayesinde yargının iş yükü hafiflemekle kalmayacak, ADR'nin sunduğu dostane çözüm imkanı, idare ile vatandaşın mücadelecisi bir usulde karşı karşıya gelmelerini de önleyecektir. Böylece idarenin vatandaş nezdinde saygınlığı korunacak; bundan da önemlisi, idarenin vatandaşla müzakerede bulunması demokratik bir ortamı geliştirecek ve idarenin hukuka saygılı davranma konusunda daha duyarlı olmasını sağlayabilecektir.

İdare ile kişiler arasındaki uyuşmazlıkların dava açılmadan önce ADR yoluyla çözülmesini öngören genel bir yasal düzenlemenin hukukumuzda bulunmaması önemli bir eksiklik oluşturmaktadır. Oysa ki, daha idari işlemin yapılması aşamasında, idare ile vatandaşlar arasında doğabilecek uyuşmazlıkların, idari merciler bünyesinde oluşturulacak ADR programlarıyla çözülmesi çok yararlı olacaktır.

İdare hukukumuzda mevcut olan münferit yasal düzenlemeler incelendiğinde, hukukumuzun aslında sağlam bir uzlaşma kültürüne sahip olduğu ve ADR'nin açık olarak olmasa da kavram olarak hukukumuzda bulunduğu görülmektedir.¹⁷ Bu konuda verilebilecek ilk örnek 3533 sayılı Kanun'dur. 3533 sayılı Kanun'a göre, umumi, mülhak ve hususi bütçelerle idare edilen daireler ve belediyelerle sermayesinin tamamı devlete veya belediyeye veya hususi idarelere ait olan daire ve müesseseler arasında çıkan ihtilaflardan adliye mahkemelerinin görevine girenler zorunlu tahkim yoluyla çözülür.¹⁸ Diğer bir örnek olarak, 442 sayılı Köy Kanunu'nun¹⁹ 5. maddesinde, iki köy arasındaki nizalı sınırların çizilmesi için hükümet emriyle ihtilaflı köylerin müzakere edeceği ve 6. maddede ihtiyar meclislerinin köylüler arasındaki uyuşmazlıklarda arabuluculuk yapabileceği kabul edilmektedir. 6326 sayılı Petrol Kanunu'nun²⁰ 26. maddesinde, hak sahipleri arasındaki uyuşmazlıkların yargıya intikal etmeden önce, Petrol İşleri Genel Müdürlüğü tarafından müzakere ve sulh yoluyla çözülmeye çalışılacağı öngörülmüştür. Benzer şekilde, Vergi Usul Kanunu'nun ek 1-12. maddeleri arasında düzenlenen uzlaşma, mükellefle idare arasında çıkan uyuşmazlıkların yargı yoluna başvurmadan önce, taraflarca müzakere edilerek çözülmesi; diğer bir deyişle, vergi yada cezanın miktarı konusunda her iki taraf arasında uzlaşma sağlanarak ihtilafın giderilmesi için kabul edilmiştir. Bu sayede, idare ve mükellef yıpratıcı bir dava süreciyle karşılaşmaktan kurtulacak,

s. 51; Alan, Nuri, "İdari Yargının Sorunları ve Çözüm Önerileri", *Danıştay Dergisi*, (1999/97, s. 3-27), s. 19.

¹⁷ Özbek, s. 386.

¹⁸ Bu konuda bilgi için bkz., Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.VI, İstanbul 2002, s. 5876.

¹⁹ RG, 7.4.1924, S. 68.

²⁰ RG, 16.3.1954, Sa. 8659.

vergi alacağıının hazineye giriş süresi kılalacak ve mükellefler vergi tahsilatında idarenin adil davrandığını düşünerek, uyuşmazlık çözüm sürecinden dava yoluna nazaran daha çok tatmin olacaklardır.²¹ Anayasa'nın 125. maddesinin II. fıkrasına göre idare hukukumuzda ADR'ye ilişkin önemli düzenlemelerden biri de, kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde milli yada milletlerarası tahkime başvurulabilmesi ve bu konuda 4501 sayılı "Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyuşması Gereken İkelere Dair Kanun" un²² hükümlerinin tatbik edilmesidir. Tahkim, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda kullanılabilen (HUMK m. 518) bir özel hukuk kurumudur. Dolayısıyla, tarafların (sübjektif) haklarının uzlaştırılmasından ziyade, objektif hukuk kurallarının ve kamu yarının esas alınması suretiyle idari uyuşmazlıkların çözülmesini amaçlayan idare hukuku tahkime özel hukuk kadar elverişli değildir. Buna rağmen, Anayasa'nın 125. maddesinin II. fıkrasıyla, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolunun kullanılması olanaklı kılınarak, tahkim idare hukukunda daha etkili hale getirilmiştir.²³

Nihayet, Kamulaştırma Kanunu'nda 4650 sayılı Kanun'la²⁴ yapılan değişiklikte ADR anlayışını görmek mümkündür. Kamulaştırma Kanunu'nun 8. maddesine göre, taşınmazlar hakkında yapılacak kamulaştırma işlemlerinde öncelikle satın alma usulünün uygulanması zorunludur. Kamulaştırma kararının alınmasından sonra, taşınmaz malın tahmini bedelini belirlemek üzere, kamulaştırmayı yapacak idarenin bünyesinde bir veya birden fazla kıymet takdir komisyonu görevlendirilir. Bunun gibi idare, tahmin edilen bedel üzerinden pazarlıkla satın alma ve trampa işlemlerini yürütmek üzere kendi bünyesinden en az üç kişilik bir veya birden fazla uzlaşma komisyonu kurar (Kamulaştırma Kanunu m. 8, III). İdare, kamulaştırma bedelini peşin veya koşulları varsa taksitle ödemek suretiyle ve

²¹ Vergi Usul Kanunu'nda öngörülen uzlaşma yolunun niteliği ve işleyişi hakkında geniş bilgi için bkz., Kızılot, Şükrü, *Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları*, Ankara 2000, s. 232; Öncel, Mualla - Kumrulu, Ahmet - Çağan, Nami, *Vergi Hukuku*, Ankara 2000; s. 173; Hiçşaşmaz, Mahzar, *Vergi Uslu Kanunu'nda Tahkim* (Tahkim, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 29 Kasım-4 Aralık 1965, Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 58, Ankara 1965, s. 455-470), s. 456.

²² Bu konuda bilgi için bkz., Tanrıver, Süha, *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim* (M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1061-1089); Zabunoğlu, Yahya, *Bir İdari Sözleşme Türü Olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri* (Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000, C. 1, Ankara 2000, s. 491-496), s. 495.

²³ Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara 2002, s. 304; Gözübüyük, A. Şeref - Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, Cilt 2, *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara 1999, s. 126.

pazarlıkla satın almak veya idareye ait bir başka taşınmaz malla trampa yoluyla devralmak istediğini malike bildirir (Kamulaştırma Kanunu m. 8, IV). Malik bu talebi kabul ederek süresi içinde idareye başvurursa, uzlaşma komisyonunca belirlenen günde pazarlık görüşmeleri yapılır. Bu görüşmeler sonunda, kıymet takdir komisyonunca belirlenmiş bulunan tahmini değeri geçmemek üzere bedelde yada trampada uzlaşmaya varılırsa, bu anlaşmaya ilişkin bir tutanak düzenlenir ve taraflarca imzalanır²⁵ (Kamulaştırma Kanunu m. 8, V).

Kamulaştırma Kanunu'nda yer alan bu düzenleme, kamulaştırma bedeli üzerinde bir anlaşmazlık çıkmaması amacıyla idare ile ilgili bireyin müzakere etmesini öngörmektedir. Uzlaşma komisyonu ve malik arasında, kamulaştırılma bedeli üzerinde anlaşılması amacıyla yapılan görüşmeler, uyuşmazlıkları önleyici ADR usullerinden müzakereye girmektedir. Ancak, taraflar arasında anlaşma sağlanamaması halinde kamulaştırma bedelinden doğan uyuşmazlık, idare tarafından taşınmazın bulunduğu yerdeki asliye hukuk mahkemesinde, kamulaştırma bedelinin tespiti ve bu bedelin ödenmesi karşılığında taşınmazın idare adına tescili talebiyle dava açılmasıyla giderilir (Kamulaştırma Kanunu m. 10, I). Görüldüğü gibi, taraflar arasındaki uyuşmazlık gene mahkeme aracılığıyla çözülecektir.

Mahkemede yapılacak duruşmanın başında hakim, taşınmaz malın bedeli konusunda tarafları anlaşmayadavet eder. Bu noktada hakime bir yargısal arabuluculuk (judicial mediation) görevi verilmiştir. Hakim tarafından yapılan bu arabuluculuk girişimi başarılı olmazsa tahkikata devam edilir ve bir sonraki duruşmaya hazırlık yapılır.

Yapılan yargılama sonunda kamulaştırma bedeli tespit edilir. Görüldüğü gibi, kamulaştırma bedelinden doğan uyuşmazlık ADR ile değil, mahkeme yoluyla çözülmektedir. Halbuki, mukayeseli hukuktaki düzenlemeler de örnek alınarak bu tür uyuşmazlıkların ADR yoluyla çözülmesi ve mahkemelerin görevinden çıkarılması faydalı olacaktır. Doktrinde haklı olarak savunulduğu üzere, kamulaştırma bedelinin tespiti için açılan davalarda mahkemenin hükmü ağırlıklı olarak bilirkişilerin görüşü doğrultusunda belirlenmekte, bilirkişinin vardığı sonuç mahkeme hükmünün asli unsurlarını etkilemektedir.²⁶ Gerçekten de Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesine göre hakim, bilirkişiler marifetiyle ve tüm ilgililerin huzurunda taşınmaz malın değerini tespit için mahallinde keşif yapar. Bilirkişiler, tarafların ve ilgililerin beyanlarını da dikkate alarak Kanun'un 2. maddesindeki esaslar

²⁴ RG 5.5.2001, Sa. 24393.

²⁵ Günday, s. 218.

²⁶ Konuralp, Haluk, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Bilirkişilik", (Bilirkişilik Sempozyumu, 9-10 Kasım 2001, Samsun Barosu/Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2001, s. 489-510), s. 503-504.

doğrultusunda, taşınmaz malın değerini belirten bir rapor hazırlayarak mahkemeye sunarlar. Mahkeme, gerektiğinde yeni bir bilirkişi kuruluna başvurma hakkına sahip olarak, bu raporu esas almak suretiyle adil ve hakkaniyete uygun bir kamulaştırma bedeli tespit eder (Kamulaştırma Kanunu m. 10, VIII). Kanun'un düzenlediği usulden açıkça anlaşıldığı gibi, bu davada bilirkişinin görüşü hükmü önemli ölçüde etkilemekte, yargı süreci ağırlıklı olarak mahkeme dışındaki kişilerin faaliyetlerini esas almaktadır. O halde, bu tür uyuşmazlıkların arabuluculuğa sunulması faydalı olacaktır. Arabulucular, bilirkişilerin yaptıkları görevi aynen yaparak taşınmazın kamulaştırma bedelini belirleyebilirler. Dahası, ADR konusunda gerekli eğitimi almış arabulucuların, tarafları belli bir kamulaştırma bedeli üzerinde uzlaştırması daha kolaydır. Bu sayede, mahkemelerin iş yükü azaltılmakla kalmayacak, taraflar sonuçtan daha çok tatmin olacaklardır.

Ancak, idare hukukumuzdaki bu hükümler ADR'yi açıkça düzenlememekte ve belirli türdeki uyuşmazlıklarla sınırlı kalmaktadır. Oysa ki yapılacak genel bir yasal düzenlemeyle, idare hukukumuzda ADR'ye genel olarak işlerlik kazandırılmalıdır. Nitekim, doktrinde de son zamanlarda, idare hukukumuzda ADR'nin geliştirilmesi gerektiğini savunan görüşlere rastlanılmaktadır. Örneğin, doktrinde haklı olarak savunulan bir görüşe göre, idari yargının görevine giren davalardan, mahkemenin takdir yetkisinin kullanılmadığı, genel olarak davanın şeklen incelendiği bazı davalar idari yargının dışına taşınmalıdır.²⁷ Bu sayede, üzerinde yargılama yapılan davalara daha çok zaman ayrılacaktır. Öğrenci sınav kağıtlarının değerlendirilmesine dair idari işlemlere karşı açılan iptal davaları, bu tür davalara örnek olarak gösterilmekte; bu davalarda verilen hükmün ağırlıklı olarak mahkemece atanan bilirkişi raporuyla şekillenmesine dayanılarak, bu davaların Üniversitelerarası Kurul bünyesinde oluşturulacak bir birimin organizasyonu altında, yargı dışı uyuşmazlık çözümü yoluyla çözülmesi önerilmektedir.²⁸

İdare hukukuyla ilgili olarak hazırlanan bazı kanun taslak ve tasarılarında ADR'den açıkça söz edilmektedir. Örneğin, kişilerle idare arasında, özel hukuk ilişkilerinden doğan, konusu para alacağı olan ve adliye mahkemelerinin görevine giren uyuşmazlıkların uzlaştırma yoluyla çözülmesi amacıyla 1994 yılında "*Uzlaştırma Kurullarının Kuruluş, Görev ve Yetkilerine Dair Kanun Tasarısı*" hazırlanmış, bu tasarı adalet komisyonunda "*Kişilerle İdare Arasında Özel Hukuk İlişkilerinden Doğan İhtilafların Uzlaştırma Yolu İle Halline Dair Kanun Tasarısı*" adını alarak aynen kabul edilmiş; fakat, tasarının kanunlaşması mümkün olmamıştır.

²⁷ Konuralp, s. 503.

²⁸ Konuralp, s. 507.

Doktrinde “İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkı Kanun Taslağı” üzerinde yapılan çalışmalar sırasında idare hukukunda ADR’nin önemine kısmen de olsa değinilmesine rağmen, hazırlanan farklı taslakların hiç birisinde bu konuda somut hükümlere yer verilmemiştir. Bu taslaklardan birinde ADR’nin önemi şu şekilde belirtilmiştir: “İdari işlemin hazırlanması ve kesinleşmesi aşamalarında idare ile birey arasında doğacak uyuşmazlıklarda büyük ölçüde idari yargıya başvurma lüzumu kalmadan karşılıklı anlaşma ile çözüme varılabileceği gibi, ilgili, idarenin karar alma sürecine katılarak yapılan işleri izleyebileceği için tatmin olacak ve (ilgilinin) dava yoluna başvurmaya gerek kalmayacaktır. Diğer yandan, idarenin aldığı karar bir hukuki uyuşmazlığa yol açtığı takdirde yargının önüne yeterince araştırma yapılarak olgunlaştırılmış bir dosya getirilebilecek ve bu sayede hem yargının işi kolaylaştırılmış olacak, hem de yargı kararlarında ‘isabetlilik’ artacaktır.”²⁹

Yukarıda anılan yasa tasarılarından “Uzlaştırma Kurullarının Kuruluş, Görev ve Yetkilerine Dair Kanun Tasarısı”nın kapsamı daha da genişletilerek, bu yasa taslağı İdari Usul Yasası Taslağı’nda ADR’ye ilişkin hükümlerin içine yerleştirilmelidir. Bu sayede, uzlaştırma kurullarının kurulmasına dair ayrı bir yasayada gerek kalmayacaktır. İdari usul sürecinde kişilerle idare arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların ADR ile çözülmesi son derece faydalı olacaktır. Bu amaçla İdari Usul Kanunu Taslağı’nda ayrı bir başlık altında, idari işlemin hazırlanması ve kesinleşmesi aşamalarında idare ile birey arasında doğacak uyuşmazlıkların idari yargıya başvurmaya gerek kalmadan çözülmesini sağlayacak ADR usullerini açıkça düzenleyen hükümlere yer verilmelidir. Bu konudaki eksiklik gerek mukayeseli hukuktaki gerek Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin tavsiye kararlarındaki düzenlemeler dikkate alınarak İdari Usul Yasası Taslağı’nda giderilmelidir.

§ 3. Amerika Birleşik Devletleri İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü

ADR Birleşik Devletler’de gelişmeye başladığında, idare hukukunun önemli bir parçası haline geleceği tahmin edilememiştir. Federal hükümetin ve Adalet Bakanlığı’nın geleneksel bir tavır olarak bürokrasiye bağlı kala-

²⁹ İlhan Özay, İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkı Kanun Taslağı’nın Kısa Tarihçesi (Yayımlanmamış Tebliğ, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi 2001), s. 5; Doktrindeki benzer diğer bir görüşe göre de, kaynağında çözülebilecek pek çok idari uyuşmazlık, bu konuda gerekli idari usul düzenlemelerinin bulunmaması nedeniyle, barışçı yollarla çözülememekte ve dava konusu yapılmaktadır (Odyakmaz, Zehra, “İdari Usulden Beklediklerimiz”, *İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler*, 17-18 Ocak 1998 Ankara, s. 2-5, s. 4). Görüldüğü gibi, İdari Usul Yasası’nda ADR’ye ilişkin hükümlere yer verilmesi son derece gereklidir.

çağı, değişime ve yeni fikirlere kapalı olacağı düşünülmüştür. Ancak, bu şüpheler haklı çıkmamıştır. Çeşitli ADR usullerinin özel sektör gibi federal hükümet için de çok yararlı olacağı inancı Birleşik Devletler’de giderek artmıştır. ADR sadece hükümetle bireyler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için değil; fakat aynı zamanda, kural koyma süreci gibi alanlarda da kullanılmaya başlanmış ve “düzenleyici müzakere” (regulatory negotiation, reg-neg) adı altında, kural koyma sürecinde geleneksel Amerikan sistemine nazaran vatandaşların görüşlerine daha çok dayanan ve daha az ölçüde tek taraflı olan bir yaklaşıma ifade eder hale gelmiştir.³⁰

Birleşik Devletler Adalet Bakanlığı, federal mahkemelerde en çok dava açan ulusal kurumdur. Adalet Bakanı’nın sorumluluklarından biri de, Bakanlığın özel hukuktan, tröstlere karşı yapılan mücadelelerden, vergi ve çevre hukukundan doğan hukuk davalarını takip etmektir. Birleşik Devletler veya kamu kurumları, bütün federal bölge mahkemelerindeki hukuk davalarının yaklaşık üçte birine taraf konumundadır.³¹ Bu ağır iş yükü sonucunda geliştirilen örgütlü ve stratejik uyuşmazlık çözüm çabaları hükümet kurumlarına da yansımış ve idare hukukunda uygulanmaya başlanmıştır.

Günümüzde Birleşik Devletler Hükümeti ADR alanında özel sektöre bile öncülük eder duruma gelmiştir. Bunun göstergelerinden biri, hükümetin oluşturduğu ADR programlarının özel sektör tarafından kullanılmaya başlanmasıdır. Örneğin, Birleşik Devletler Posta Servisi’nin önceki hukuk müşaviri, iş yeriyle ilgili uyuşmazlıkların çözümünde Posta Servisi ADR programının kurulmasına öncülük etmiştir. Daha sonra bu hukuk müşaviri, ülkenin en büyük hukuk firmalarından biriyle, bu firmanın ülke çapındaki müvekkilleri için benzer ADR programlarını kurma konusunda anlaşmıştır.

Bu gelişmeler, idare hukukunda ADR’nin önündeki bazı engellerin aşılmasında etkili olmakta; elde edilen başarılar ve öğrenilen bazı tecrübeler Birleşik Devletler’de hükümetin sahip olduğu mahkeme geleneğinin değiştirilmesi çalışmalarına katkıda bulunmaktadır. Adalet Bakanlığı’nda ve hükümette ADR’nin kullanılmasının teşvik edilmesi kolay değildir ve hala Birleşik Devletler’de kat edilmesi gereken uzun bir yol bulunmaktadır. Özellikle Adalet Bakanlığı, geçmişten gelen köklü bir mücadeleci kültüre

³⁰ Bermann, George A., *Administrative Law (Introduction to the Law of the United States, Deventer 1992, s. 91-110), s. 109.*

³¹ Birleşik Devletler Mahkemeleri İdare Bürosu’nun, 1999 mali yılında federal yargının iş yükü hakkında hazırladığı rapora göre, Birleşik Devletler federal bölge mahkemelerinde 1995 yılında 248.335 olan hukuk davası sayısı, 1998 yılında 256.787’ye, 1999 yılında da 260.271’e çıkararak 1995’ten beri % 4.8’lik bir artış göstermiştir (Statistical Division, *Administrative Office of the United States, Judicial Business of the Courts, 1999 Annual Report of the Director, s. 16).*

sahiptir ve bu anlayışın değiştirilmesi de zordur. Bunun çeşitli nedenleri bulunmaktadır.

İlk olarak, Amerikan toplumu savaşı (mücadeleci) olmaya fazlasıyla değer vermekte ve Adalet Bakanlığı avukatları bu anlayışı takip etmektedirler. Gerçek davacılar geleneksel uygulamada davaları çözmezler; fakat kazanmak için mücadele ederler. Öğretide, televizyonda ve sinemalarda yargılama avukatlarını öven pek çok yayına rastlamak mümkünken, ADR geniş ölçüde ihmal edilmiştir. Birleşik Devletler'in en medyatik hukukçuları, geçmişte arabulucular değil yargılama avukatları olmuştur. Aslında, hukukçularının çoğunun ADR'yi anlayamamasının ve gerektiği gibi uygulayamamasının nedeni, mücadeleci sisteme (adversary system) saplanıp kalmış olmalarıdır. Hukukçular, ihtilaflı tarafları birbirine hasım kişiler olarak görmekte ve uyuşmazlıktan sadece birinin kazançlı çıkabileceğine, diğerinin kaybetmek zorunda olduğuna inanmaktadırlar. Böylece mücadeleci sisteme yönelik talep, ADR'yi çoğu hukukçunun gündeminden çıkarmaktadır.³²

Bu mücadeleci zihniyet Adalet Bakanlığı'nda hukukçular gibi yöneticiler arasında da kendisini göstermiştir. Bazı yöneticiler gereğinden daha çok davanın ADR ile çözülmesinden şikayet ederken, diğer bazıları hükümetin bir uyuşmazlığın çözülmesinde daha fazla masraf yapacak olması nedeniyle ADR'ye karşı çıkmaktadırlar. Bu avukatlardan bazıları bir uyuşmazlığı mantıklı ve başarılı bir şekilde çözme yeteneklerine güvenmemekte, ADR'nin uygulandığı davalarda Birleşik Devletler'in menfaatlerinin en iyi biçimde korunabileceğinden tereddüt etmekte ve ADR süreci belirli bir davada verimsiz olursa, hatalı hareket ederek ADR'nin kullanımını durdurduklarıdır.³³

İkinci sorun, dava zihniyeti o kadar çok yayılmıştır ki, kurumsallaşmış bir yapı kazanmıştır. Bir uyuşmazlığı dava yoluyla çözmenin uzlaşarak mahkeme dışında çözmeden daha iyi olduğu inancı, ADR programlarına çeşitli yönlerden zarar vermektedir. Örneğin; Adalet Bakanlığı Avukatlık Enstitüsü'ndeki (Attorney General's Advocacy Institute) en önemli eğitim yargılama avukatlığıdır (Trial Advocacy). Güney Carolina'daki Ulusal Avukatlık Enstitüsü'nde genç hukukçulara, bir davada yargılamanın nasıl yürütüleceği konusunda iki haftalık bölgesel bir eğitim kursu verilmektedir. Buna ek olarak, hukuk fakültesinden gelen hukukçular, tecrübeli hukuk danışmanları bu konuda seminerler yapmakta, Federal Araştırma Bürosu'nun

³² Riskin, Leonard L., *Mediation and Lawyers*, (Ohio State Law Journal, 1982, Vol. 43, s. 29-60), s. 44.

³³ Marcus, Daniel - Senger, Jeffrey M., *ADR and the Federal Government: Not Such Strange Bedfellows After All*, (Missouri Law Review, 2001, Vol. 66, s. 709-723), s. 710.

(Federal Bureau of Investigation) kurumları kullanılarak federal hakimlerle birlikte temsili jüri yargılamaları gerçekleştirilmektedir. Her yıl birkaç defa açılan bu kurslar iki haftalık dönemlerde yapılmaktadır.

Buna karşılık, son zamanlarda Birleşik Devletler’de müzakere üzerinde eğitim veren kurslar düzenlenmemiştir. Adalet Bakanı Reno’nun emriyle, müzakere eğitimi ilk kez 1996 yılında müfredat programının daimi bir parçası haline getirilmiştir. Çok büyük bir ilgi gören bu kurs aynı dönemde 4 defadan fazla tekrarlanmıştır. Bu kurs halen iki yarım gün olarak verilmekte ve yargılama avukatlığı kursunu desteklemektedir. Müzakere eğitimi yılda birkaç defa sunulurken, yargılama kursu hala daha fazla ilgi görmektedir.

Adalet Bakanlığı’nın kadrosundaki avukatların sıfatları bile dava zihniyetini yansıtmaktadır. Medeni hukuk, vergi hukuku, anti tröst ve çevre hukuku bölümlerinde gören yapan hukukçuların resmi sıfatları “*Yargılama Avukatları*”dır. Bu avukatların yargılama dışında çözdüğü dava sayısı daha fazla olmasına rağmen, onlara bu sıfat verilmiştir.

Birleşik Devletler’de verilen hukuk ödülleri de bu konuyadayanmaktadır. Amerika’da önemli yargılamalarda başarılı olan hukukçulara verilen bazı üst düzey ödüller bulunur. Bunlardan biri olan John Marshall ödülleri, ilk derece mahkemesindeki veya temyiz mahkemesindeki yargılamalarda başarılı olan hukukçulara mahsustur. Bu ödüllerde büyük bir miktarda para, Adalet Bakanı tarafından Washington’da gerçekleştirilen resmi bir merasimle takdim edilmektedir. Bu ödüller, Adalet Bakanlığı’nın bakış açısını etkilemektedir. Birleşik Devletler’deki bu dava merkezli anlayışın değişmesi için uğraşan hukukçular yakın bir tarihte ADR’nin kullanımı için bir John Marshall Ödülü koymuşlardır.

ADR’nin gelişmesinin önündeki diğer bir engel, genç hukukçuların Adalet Bakanlığı’na sırf yargılama eğitimi için gelmeleridir. Zira Adalet Bakanlığı, başka bir yerde bulunması mümkün olmayan bir yargılama eğitimi vermektedir. Kar amacı güden hukuk firmalarının uygulamaları, genç hukukçulara bu denli iyi bir duruşma eğitimi vermekten uzaktır. Uygulamada davaların çoğu yargılama yapılmadan ADR yoluyla çözüldüğü için, müzakere deneyimi faydalı olmakla beraber, genç avukatlar Adalet Bakanlığı’nda yargılama deneyimlerini öğrenme konusunda kendilerini zorunlu hissetmektedirler.³⁴

Birleşik Devletler adına açılan bazı davalar, üzerinde uzlaşma yapılamayacak (tarafaların üzerinde serbest tasarruf edemeyecekleri) davalar olduğundan, ADR ile çözüme ulaşılamamaktadır. Örneğin, kişilerin temel

³⁴ Marcus - Senger, s. 711.

haklarının ihlali söz konusu olduğunda, avukatlar mağdurlarının zararlarının tam olarak tazminini sağlamakla yükümlüdürler.³⁵ Özel sektörde çalışan hukukçular için en önemli nokta, yargılama masraflarının yüksek olması nedeniyle, işletmenin kendi kararıyla bir davanın ADR ile çözümünün sağlanabilmesidir. Oysa hazine avukatları, yargılama harç ve giderlerine rağmen bazı ilkeler uğruna yargılamada mücadele etmek zorundadırlar.

Aynı nedenlerle, hazine avukatlarının davalı tarafta yer aldığı davalarda da yargı dışı uyuşmazlık çözümüne yönelmek çok zordur. Özel bir şirket, ticari işlerini sürdürmek için önemsiz bir davayı bitirmek için az miktarda bir tazminat ödemeyi kabul edebilir. Kamu kurumlarının ise, böyle bir durumdan istifade etmek amacıyla açılan davalarla karşılaşma tehlikesi bulunmaktadır. İdarenin önemsiz davaları çözmek maksadıyla ödemede bulunduğu halk tarafından öğrenilmesi halinde, kısa süre içinde idareye karşı binlerce benzer davanın açılması kaçınılmazdır. Vergi davalarında, mükellefler belli bir maddi tutar üzerinde uzlaşmaya istekli olabilirler. Halbuki idare, davanın kazanılma-kaybedilme olasılığı açısından bakıldığında, mükellefin teklifi makul olsa bile, diğer davalara emsal teşkil etmesi bakımından buna yanaşmayabilir.³⁶ Böylece, özel kişilerin kaçınabildikleri bazı davaları idare takip etmek zorunda kalmakta ve bir idari işlemin hukuka uygunluğuna itirazı konu alan idari davalarda yargı dışı uyuşmazlık çözümü dikkate alınmamaktadır.

Bütün bu engellere rağmen Amerikalı hukukçular, Adalet Bakanlığı'nın ve diğer devlet kurumlarının uyuşmazlık çözümü ile ilgili bakış açısını değiştirmeyi başarmışlardır. Bu konuda ilk aşama, fiili durumun tespit edilmesidir. Birleşik Devletler'de Adalet Bakanlığı'nın her gün açtığı bütün davalara rağmen, avukatların ADR ile çözdükleri uyuşmazlık sayısı dava yoluyla çözdüklerinden fazladır. Medeni hukuk alanında açılan davaların büyük bir kısmı duruşma aşamasına gelmeden çözülmektedir. 1998 yılı istatistiklerine göre Birleşik Devletler Adalet Bakanlığı'nın hukuk davalarından sadece %7'si duruşma aşamasına geçmektedir. Bu oran ülke çapında duruşma aşamasını geçen hukuk davalarının sahip olduğu %3,7'lik orandan daha düşüktür.

³⁵ ADR'ye havale edilmeyen ve mahkemelerde görülmesi gereken davalarla, bir davanın ADR'ye uygunluğunu belirleyen kıstaslar için bkz., Fiss, Owen, Against Settlement (*Yale Law Journal*, 1984/May, Vol. 93, s. 1073-1090), s. 1087.

³⁶ Bununla birlikte Birleşik Devletler Milli Gelirler Servisi (International Revenue Service, IRS) son yıllarda, duruşma aşamasına intikal eden davaların sayısını azaltarak zaman ve masraflardan tasarruf etmek amacıyla çeşitli ADR usullerini benimsemiş ve başarıyla uygulamaktadır (Fiore, Nicholas, From the Tax Adviser, *Alternative Dispute Resolution with the IRS, Journal of Accountancy* 2000/2, Vol. 189, s. 92).

Bu veriler bazı ilginç sonuçları ortaya koymaktadır. Her şeyden önce, Birleşik Devletler’de yargı dışı çözüm açıkça “*alternatif*” uyuşmazlık çözümü değildir; çünkü, bu bir hukuk davasının olağan seyridir. Gerçekten mahkeme önünde yapılan yargılamaları (dava yoluna) “*alternatif*” uyuşmazlık çözümü olarak adlandırmak daha uygundur; çünkü, çok az uyuşmazlık dava yolu ile çözülmektedir.

Bu durumun tespit edilmesinden sonra hukukçuların, yargılamaya çok az başvurması nedeni ile yargılama dışındaki ADR usulleri ve diğer duruşma öncesi usuller üzerinde yoğunlaşması gerektiği anlaşılır. Ancak, emin olmak için, açılan yüz davadan yargılama aşamasına geçen bir dava için bile hazırlıklı olmak gerekir. Zira, avukatların, hakimin veya jürinin önünde de tam olarak hazırlıklı olması çok önemlidir; fakat, bir davanın yargı dışı uyuşmazlık çözümü ile sonuçlanmasının daha kuvvetli bir olasılık olduğu unutulmamalıdır.³⁷

Birleşik Devletler Adalet Bakanlığı, avukatlarını, bir davanın başında ADR’yi dikkate almaları için teşvik etmektedir. Davaların çoğu mahkemelerde, yıllarca avukat olarak zaman ve emek harcayıp binlerce dolar yargılama gideri ödedikten sonra çözülmektedir. Oysa idarenin davalarını birkaç ay erken çözmesi bile, idarenin her yıl açtığı binlerce davada çok büyük miktarda zamandan ve paradan tasarruf etmesini sağlayacaktır.

Tabii ki bazı davalarda, dava konusunun değerini tam olarak belirleyebilmek için, yeterli tahkikat işlemleri yapılana kadar çözüme ulaşılması mümkün olmayabilir; fakat çoğu zaman özlü bir tahkikat, uygun çözüm şeklinin belirlenmesi için gereken tek şeydir. Bu noktada, mahkeme önünde ayrıntılı bir yargılama sürecinden sakınılmasıyla mümkün olan tasarruflar elde edilebilir.

ADR’nin bu faydalarını gören Birleşik Devletler Hükümeti, son yıllarda ADR’nin kullanımını teşvik etmeye başlamış ve ADR idare hukukunun bir parçası haline gelmiştir. 1990 yılında kongre iki önemli kanunu kabul etmiştir. Bu kanunlardan ilki İdari Uyuşmazlık Çözüm Kanunu’dur.³⁸ Bu Kanun, Birleşik Devletler’in 5 numaralı kanunu olan “*Devlet Kurumları ve Çalışanları Kanunu*”nun³⁹ (Title 5, Government Organization and Employees), “*Genel Olarak Kurumlar*” başlıklı 1. kısmının (Part 1, the Agencies Generally), “*İdari Usul*” başlıklı 5. bölümünde (Chapter 5, Administrative Procedure), “*İdari Usullerde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*” adıyla 4. alt bölümünde⁴⁰ (Subchapter IV, Alternative Means of Dispute Resolution in the Administrative Process) 571-584. maddeler arasında yer almaktadır.

³⁷ Marcus - Senger, s. 712.

³⁸ *Administrative Dispute Resolution Act of 1990*, 5 USC s. 571-584.

³⁹ <http://access.gpo.gov/uscode/title5/title5.html>

⁴⁰ http://access.gpo.gov/uscode/title5/parti_chapter5_subchapteriv.html

Bu kanun neredeyse, federal idari kurumların taraf oldukları bütün uyuşmazlıklarda uygulanmaktadır. Kanun, çözüm müzakereleri, arabuluculuk, kısa yargılama ve tahkim gibi bir dizi ADR usulünün kullanımını öngörmüştür. Kanun'da yer alan önemli bir sınırlama, hem idarenin hem de bireylerin, ADR usullerinin kullanımına rıza göstermek zorunda tutulmalarıdır. Bu Kanun'un yürürlüğe girmesinde önce de Birleşik Devletler'deki federal idari kurumların çoğu ADR'nin faydalarının görmüştür. Örneğin, Çevre Koruma Kurumu'nun çevre uyuşmazlıklarının büyük bir kısmını, dava yolu yerine müzakere ve arabuluculukla çözülmüştür. Benzer şekilde Federal Havacılık Kurumu, Federal Enerji Düzenleme Komisyonu, Federal Ticaret Komisyonu ve Çalışma Bakanlığı gibi idari kurumlar ADR usullerini kullanmaktadırlar. İdari kurumlar, idari davalardaki aleniyetten kaçınmak için genellikle ADR'nin kullanımını desteklemektedirler.⁴¹ Özellikle kamu görevlileriyle olan uyuşmazlıklarda idare, kamu görevlilerinin mevcut huzursuzluk nedeniyle verimliliğinin düşmesini önlemek amacıyla ADR'yi kullanarak uyuşmazlıkları tatminkar bir şekilde çözmektedir.⁴²

İdari Uyuşmazlık Çözüm Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 571. maddesine göre alternatif uyuşmazlık çözümü, ihtilafli herhangi bir meseleyi çözmek için kullanılan uzlaştırma, kolaylaştırma, arabuluculuk, vakıa tespiti, kısa yargılama, tahkim ve ombudsman kullanımı yada bunların herhangi bir birleşimini kapsayan, fakat bunlarla sınırlı olmayan usullerdir.⁴³ Uyuşmazlık çözüm usulü ise, ihtilafli bir meselenin çözülmesi amacıyla kullanılan tarafsız bir kişinin atandığı ve özel kişilerin kaldığı herhangi bir alternatif uyuşmazlık çözümünü ifade eder. Bu kanun her idari kurumun, alternatif uyuşmazlık çözümünün kullanımını öngören bir politika kabul etmesini, kurumun uyuşmazlık çözüm uzmanı olacak üst düzey bir memur atamasını, düzenli olarak bir eğitim gerçekleştirmesini ve ADR'nin kullanımını teşvik etmek amacıyla sözleşmeleri ve diğer işlemleri için mevcut olan standart anlaşmalarını yeniden gözden geçirmesini zorunlu kılmıştır.⁴⁴ Bu kanun federal hükümet için önemli bir değişimin dönüm noktası olmuştur. Zira, ilk kez bir kanunla ADR'nin kullanımı teşvik edilmiştir. Her yenilikte olduğu gibi idarenin bu kanuna uyum sağlaması da zaman almış; fakat bu alandaki kapsamlı federal çabalar kanunun çizdiği yolda başarılı olmuştur.

⁴¹ Meiners - Ringleb - Edwards, s. 131.

⁴² Dibble, Richard E., Public Service Personnel, (*Sage Public Administration Abstracts*, 1998/4, Vol. 24, s. 571-572), s. 571; Dibble, Richard E., Alternative Dispute Resolution of Employment Conflicts: The Search for Standards (*Journal of Collective Negotiations in the Public Sector*, 1997, Vol. 26, s. 73-80), s. 73.

⁴³ 5 USC, s. 571 (3).

⁴⁴ 5 USC, s. 571 (6).

Bu Kanun tabii ki sorunsuz bir kanun olmamıştır. Kanun ilk kez bağlayıcı tahkime yetki verirken, idareye bir hakem kararını, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde iptal etme hakkını vermiştir.⁴⁵ Bu durum kanuna zarar vermiş ve idarenin hakemin verdiği kararı uygun bulmaması halinde tahkimden cayabileceğini (ve kendilerinin böyle bir hakka sahip olmadıklarını) öğrenen vatandaşların tahkim sözleşmesi yapmakta isteksiz davranmalarına yol açmıştır.⁴⁶ Ayrıca bu kanun, kamunun idareye ait belgelere ulaşmasını sağlayan Bilgi Edinme Özgürlüğü Kanunu'nda⁴⁷ arabuluculuk istisnası da içermemiştir.

1996 yılında Birleşik Devletler Kongresi, bu hususları yeniden düzenleyerek İdari Uyuşmazlık Çözüm Kanunu'nda değişiklik yapmıştır.⁴⁸ Buna göre, idarenin bağlayıcı tahkime katılmayı kabul etmesi halinde, artık sonuçta verilen hakem kararını reddetmesine izin verilmemiş⁴⁹ ve böylece bireyler bu ADR usulünü giderek daha çok kullanmaya başlamışlardır. Buna ek olarak Bilgi Edinme Özgürlüğü Kanunu, ADR sürecinin taraflarıyla arabulucu arasında gizli olarak sunulan bilgi ve belgelere ulaşılmasını engellemiştir. İdari Uyuşmazlık Çözüm Kanunu'nun "Gizlilik" (Confidentiality) başlıklı 574. maddesine göre, "tarafsız bir kişi ve taraflardan biri arasında bulunan ve bu maddeye göre açıklanamayacak olan bir uyuşmazlık çözüm bilgisi, 552 (b)(3) maddesine göre de açıklanamaz."⁵⁰ Bu değişiklikler olumlu olmuş ve ADR'nin idari alandaki etkinliğini artırmıştır.⁵¹

1998 yılında Kongre, federal mahkemelerin ADR'yi kullanmasını teşvik eden diğer bir kanunu yürürlüğe sokmuştur. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Kanunu⁵² bütün bölge mahkemelerinin "kendi alternatif uyuşmazlık çözüm programını kurmasını ve yerleştirmesini",⁵³ "kendi bölgesinde alternatif uyuşmazlık çözümünün kullanılmasını teşvik etmesini ve yaygınlaştırmasını", "bütün hukuk davalarında tarafların, dava sürecinin uygun olan bir aşamasında

⁴⁵ *Administrative Dispute Resolution Act of 1990*, 5 USC, s. 580-581.

⁴⁶ Marcus - Senger, s. 713.

⁴⁷ *Freedom of Information Act*, 5 USC, s. 552.

⁴⁸ Birleşik Devletler Kongresi'nin 1990 tarihli İdari Uyuşmazlık Çözüm Kanunu'nda değişiklik yapmasının denemeleri hakkında bkz., Seibel, David, To Enhance the Operation of Government: Reauthorizing the Administrative Dispute Resolution Act (*Harvard Negotiation Law Review*, 1996/Spring, Vol.1, s. 239-248) .

⁴⁹ *Administrative Dispute Resolution Act of 1996*, 5 USC, s. 575, 580-581.

⁵⁰ 5 USC, s. 574 (j).

⁵¹ Mester, Jonathan D., The Administrative Dispute Resolution Act of 1996: Will the New Era of ADR in Federal Administrative Agencies Occur at the Expense of Public Accountability? (*Ohio State Journal on Dispute Resolution* , 1997/1, Vol. 13, s. 167-197), s. 168.

⁵² *Alternative Dispute Resolution Act of 1998*, 28 USC, s. 651-658 (Federal Civil Judicial Procedure and Rules, West Group 2001, s. 783-788).

⁵³ 28 USC, s. 651 (b).

alternatif uyuşmazlık çözüm usullerinin kullanımını dikkate almasını” ve “bütün hukuk davalarında, davanın tarafları için en az bir alternatif uyuşmazlık çözüm usulünün sağlanmasını” zorunlu kılmıştır. ADR Kanunu mahkemelere, takdir yetkilerine dayanarak, tarafları arabuluculuğa veya ön tarafsız değerlendirmeye katılmaya zorlayabilme yetkisi vermiş; tarafların rıza göstermesi halinde tahkimi de bu usuller arasında saymıştır.⁵⁴

ADR'nin idare hukukunda yayılmasını sağlayan ikinci kanun, İdari Uyuşmazlık Çözüm Kanunu'na benzer olarak, İdari Usul Kanunu'nda öngörülen geleneksel mücadeleci kural koyma süreci yerine geçmek üzere, müzakereye dayalı kural koymayı kullanma konusunda idareyi yetkilendiren ve teşvik eden 1990 tarihli Müzakereye Dayalı Kural Koyma Kanunu'dur⁵⁵ (Negotiated Rule Making Act).

Geleneksel olarak federal düzenlemeler 1946 tarihli İdari Usul Yasası'nda⁵⁶ (Administrative Procedure Act) öngörülen usule göre oluşturulmaktadır. Düzenlemeden etkilenen kişilerle yapılan gayri resmi görüşmeler sonunda idari kurum önerilen bir düzenlemeyi yayınlayacaktır. Bunun ardından, kamunun düşüncelerini genellikle yazılı olarak beyan etmesine imkan tanınacak ve sonuçta idare nihai kuralı yürürlüğe koyacaktır.⁵⁷ Bu şekilde gerçekleştirilen mevcut kural koyma sürecinin yavaş, hantal, yıpratıcı ve aşırı şekilde mücadeleci olduğunu düşünen hukukçular, alternatif bir sistem önermişlerdir. Bu konuda çeşitli görüşler bulunmakla beraber, bu görüşler kural koyma sürecindeki müzakere usulü yönünden ortaklıklar. Buna göre, önerilen bir düzenlemeden etkilenen gruplar arasında gayri resmi müzakereler yapılacak ve sonuçta oluşturulan düzenleme, bu müzakerelerdeki anlaşmayı esas alacaktır.⁵⁸ Bu usulde idare ile bireyler, ortak bir anlaşmaya varmak amacıyla yüz yüze müzakerelere katılırlar. Bu müzakerelerde taraflar, mücadeleci (hasımane) olmayan bir süreçte menfaatlerini ortaya çıkarma, farklı fikirleri tartışma, teknik bilgileri toplayarak tahmin etme, farklı seçenekler üretme ve bu seçenekler üzerinde kendi farklı önceliklerine göre pazarlık etme fırsatına sahip olurlar.⁵⁹ Anlaşmaya varılırsa, bu anlaşma idarenin önerilen kuralı olarak yayımlanır. İlgili

⁵⁴ 28 USC, s. 652 (a).

⁵⁵ Goldberg - Sander - Rogers, s. 10. Bkz., 5 USC, s. 561-570.

⁵⁶ 5 USC, s. 551-706.

⁵⁷ Goldberg - Sander - Rogers, s. 500.

⁵⁸ Note: Rethinking Regulation: Negotiation As An Alternative to Traditional Rulemaking (*Harvard Law Review* 1981, Vol. 94, s. 1871-1891), s. 1871.

⁵⁹ Müzakereye Dayalı Kural Koyma Kanunu hakkında geni bilgi için bkz., Coglianese, Cary, Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking (*Duke Law Journal* 1997, Vol. 46, s. 1255-1349); Harter, Philip J., Assessing the Assessors: The Actual Performance of Negotiated Rulemaking (*NYU, Environmental Law Journal* 2000, Vol. 9, s. 32-59).

tarafların çoğu veya tamamı önerilen kuralın biçimlenmesine katıldığı için sonradan çok az eleştiri yapılacak ve çok az dava açılacaktır.⁶⁰

Birleşik Devletler mevzuatındaki bu düzenlemeler, federal kurumların ADR programları kurmaları için etkili olmuştur. Zira, federal mahkemelerdeki hukuk davalarının yaklaşık üçte birine federal hükümet taraf konumundadır. Ancak Kongre'nin bugüne kadar ADR'nin kurulması için bir kaynak tahsis etmemesi eleştirilmektedir. Mahkemeler yeterli fonları olmadığını belirtmekte ve yeterli fonlar bulunmadığı için de nitelikli ADR programlarının oluşturulması güçleşmektedir.

Birleşik Devletler'de bazı başkanlık kararnameleleri de hükümet kurumlarında ADR'nin uygulanmasını teşvik etmiştir. Bu kararnameleler eğilim ve içerik açısından ADR'yi giderek daha da destekleyici olmaktadır. 1991 yılında Başkan Bush, ADR'nin, mevcut uyuşmazlıkların çabuk, adil ve etkili bir şekilde çözülmesine katkıda bulunacağını belirterek, kamu avukatlarının ADR eğitimi almasını zorunlu kılan bir başkanlık emri yayımlanmıştır. Ancak bu emir, ADR'nin sadece geleneksel müzakerelerin kesilmiş olması halinde uygulanmasını tavsiye ederek önemli bir uyarı içermiştir. Bush'un emrine göre, uygun olan durumlarda uyuşmazlık çıkaran talepler, herhangi bir resmi veya planlanmış ADR usulünün kullanılması yerine, gayri resmi görüşmeler, müzakere ve sulh yoluyla çözümlenmelidir.

1996 yılında Başkan Clinton bu uyarıyı geri çekmiş ve kamu avukatlarının uygun olan durumlarda ADR'nin işletilmesini önermelerini içeren bir başkanlık emrini yürürlüğe koymuştur. Clinton, Alternatif uyuşmazlık çözümünün faydalı olabileceği hallerde ve ihtilafı ADR'ye havale eden idari kurumla istişare yaptıktan sonra, davaya bakan kamu avukatının, taraflara uygun olan bir ADR usulünün kullanılmasını teklif etmesini emretmektedir.

Daha yakın bir tarihte, 1 Mayıs 1998 tarihli Başkanlık Tezkeresi'nde (Presidential Memorandum) Başkan Clinton daha da açık olarak şunu belirtmiştir: *" Her bir federal kurumun, arabuluculuk, tahkim, ön tarafsız değerlendirme, kurumsal ombudsman ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm usullerinin daha çok kullanılmasını teşvik eden adımlar atması gerektiğine karar verdim."*

24 Ekim 2000 tarihinde Beyaz Saray tarafından yayınlanan ve o tarihte henüz yasalaşmamış olan bir taslak hakkındaki Yönetmelik Bildiride daha da ileri gidilerek, *" idare, ADR'nin uygun şekilde kullanılmasını en üst düzeyde teşvik etmektedir"* denilmiştir.⁶¹

⁶⁰ Goldberg - Sander - Rogers, s. 502.

⁶¹ Marcus - Senger, s. 715.

Birleşik Devletler Adalet Bakanlığı'nda, Adalet Bakanı Janet Reno da ADR'nin uygun olan hallerde uygulanmasını sağlamak amacıyla büyük çaba harcamıştır. Bakan Reno, 6 Nisan 1995'te, bu konunun Bakanlıkla eşgüdümünü sağlayacak bir uyuşmazlık çözüm bürosunu resmi olarak kurmuştur. Bakan Reno, bu tarihte "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Uygun Kullanımının Daha Çok Genişletilmesinin Teşviki" başlıklı Bakanlık Emri'ni yayımlamıştır. Bu emrin amacı, "uygun olan uyuşmazlıklarda, bütün vatandaşların adalete ulaşmasını kolaylaştırmak amacıyla ADR'nin daha geniş kullanılmasını teşvik etmek ve devletin karıştığı uyuşmazlıkların daha etkili bir şekilde çözümünü sağlamak" olarak ifade edilmiştir. Bakanlıkla ilgili bütün davaları ve Birleşik Devletler'in bütün avukatlarını kapsayan bu emir, ceza uyuşmazlıklarını kapsam dışı bırakmıştır. Adalet Bakanlığı bünyesinde üst düzey bir ADR danışmanının atanmasını öngören bu emirde, üst düzey ADR danışmanının ADR politikasını geliştirmek ve ADR'yi yaygınlaştırmak yanında şu görevleri de yürüteceği belirtilmiştir:

a. Federal mahkemelerdeki davalarda ADR'nin kullanılması hakkında Bakanlık Rehberi'ni düzeltmek de dahil olmak üzere, ADR'nin kullanım politikasını geliştirmek,

b. ADR ilişkili eğitimin oluşturulması ve uygulanmasına yardım etmek,

c. ADR'nin kullanılması ve belirli ADR yöntemlerine başvurulması hakkında uygun olan uyuşmazlıkların seçilmesiyle ilgili olarak, bölüm yöneticilerine ve çalışanlarına tavsiye vermek ve yardım etmek,

d. Bakanlığın ADR faaliyetlerinin durumu hakkında bakan yardımcısı vasıtasıyla bakana düzenli olarak rapor vermek,

e. Bakanlığın ADR faaliyetlerinde, Birleşik Devletler İdari Konferansı'nın (Administrative Conference of the United States) program ve projeleriyle federal mahkemeleri de kapsayacak şekilde hükümet düzeyinde temsil etmek,

f. Genel müdüre, ADR ile ilgili yasal ve diğer politik konularla ilgili olarak tavsiye vermek,

g. İdari Uyuşmazlık Çözüm Kanunu'nun Üçüncü Bölümü'nün (b) paragrafında tanımlandığı gibi, Adalet Bakanlığı için Uyuşmazlık Çözüm Uzmanı olarak çalışmak,⁶²

⁶² İdari Uyuşmazlık Çözüm Kanunu'nun 3. Bölümü'nün (b) paragrafına göre, her kurumun başkanı, kurumun uyuşmazlık çözüm uzmanı olarak üst düzey bir memur atayacaktır. Bu memur, İdari Uyuşmazlık Çözüm Kanunu'nun hükümlerinden, kanunun öngördüğü değişikliklerin yapılmasından, müzakere, arabuluculuk, tahkim ve diğer yöntemlere ilişkin kurum tarafından uyuşmazlık çözüm uzmanlarına ve diğer çalışanlara verilecek eğitimden ve ADR'nin kullanımıyla ilgili kurumun standart

h. Adalet Bakanı, Adalet Bakanı Vekili ve Adalet Bakanı Yardımcısı tarafından verilebilecek görevler gibi ADR'nin geliştirilmesiyle ilgili diğer görev ve işlemleri yapmak.

Bakanlık emrine göre en geç 11 Eylül 1995'e kadar her dava dairesi ve Birleşik Devletler Avukatları adına hareket eden Birleşik Devletler Savcıları Yönetim Bürosu (Executive Office for United States Attorneys⁶³), kendi avukatları için aşağıdaki hükümetleri içeren bir ADR rehberi hazırlamalıdır:

a. Avukatların, uygun olan hallerde ADR'yi, dava yoluna bir alternatif olarak kullanmalarının ve mahkeme katımlı veya mahkeme destekli ADR programlarıyla iş birliği yapmalarının ve bu gibi programların gelişmesi ve değerlendirilmesi için gayret göstermelerinin beklendiğini belirten politik bir beyan.

b. Çözüm müzakereleri veya resmi bir ADR yönteminin kullanılması yoluyla çözülmeye uygun olan belirli davaların tespit edilebilmesi için gerekli kıstaslar. Rehberin ilgili bölümünde, belirli türdeki davaların çözümüne en uygun olan ADR yöntemleri ve ADR hizmeti sunacak kişilerin seçilmesi için dikkate alınarak kıstaslar belirtilmelidir.

c. Uygulaması ağırlıklı olarak özel hukukla ilgili olan avukatların, müzakere ve ADR üzerinde kapsamlı bir temel eğitim programına katılmasının ve özel hukuk işleriyle uğraşan bütün avukatların periyodik olarak ilave ADR eğitimine katılmasının gerekli tutulması.

d. Avukatların yetki almak için izlemesi gereken dahili usullerin tam bir açıklaması ve resmi ADR yöntemlerinin kullanımı için parasal kaynakların gösterilmesi.⁶⁴

Bakan Reno bu çalışmaların ardından, ADR üzerinde çalışan tarafsız kişilerin masraflarını karşılamak amacıyla idarecilerin bu iş için kendi idarelerinin bütçelerinden harcama yapmak zorunda kalmamaları için, Bakanlık düzeyinde daimi bir maddi kaynak oluşturmuştur. Bakan Reno, arabuluculuğun kullanılmasının önündeki bu mali engelleri kaldırmak suretiyle, arabuluculuğu avukatlar için daha kolay kullanılabilir hale getirmiştir.

Bakan Reno'nun talimatıyla, Adalet Bakanlığı'nın hukuk davalarıyla görevli avukatları için kapsamlı bir ADR eğitim programı başlatılmıştır. 1995-2000 yılları arasında, hem Washington DC'de, hem de Birleşik

anlaşmalarını gözden geçirerek bunlarda ADR'nin kullanılmasını özendirmek için herhangi bir değişiklik yapmanın gerekip gerekmediğinden sorumlu olacaktır.

⁶³ Birleşik Devletler Savcıları Yönetim Bürosu hakkında bilgi için bkz., <http://www.usdoj.gov/usao/eousa/>

⁶⁴ Reno, Janet, *Promoting The Broader Appropriate Use of Alternative Dispute Resolution Techniques*, April 6, 1995 (<http://www.usdoj.gov/crt/adr/agorder.html>)

Devletler Savcıları Bürosu'nda (US Attorney's Offices) ülke çapında iki binden fazla Bakanlık hukukçusuna eğitim verilmiştir. Bu kurslar üç günlük programlar şeklinde, eğitim için kiralanan uzman arabulucuların katılımıyla gerçekleştirilen canlandırılmalı arabuluculuklarla yürütülmektedir. Katılımcıların çoğu, uygun eğitimden sonra gerçek bir arabuluculukta görev alma şansının, bu kursların en ilginç ve en heyecanlı bölümü olduğunu belirtmektedirler.

Bakan Reno, ADR'nin kullanımının devlet dışında da gelişmesini teşvik etmek için resmi açıklamalar da yapmıştır. Bakan Reno barolarla ve uzman topluluklarla görüşerek ülke çapında temaslarda bulunmuştur. 9 Ocak 1999'da, Amerikan Hukuk Okulları Birliği'nde (Association of American Law Schools⁶⁵) yapılan konferansta Bakan Reno, bütün Amerikalı hukukçuların sorun çöme kapasitelerini geliştirmeyi ve onlara sulh yapma yeteneği kazandırmayı amaçladığını belirtmiştir. Reno'ya göre, bir avukat sadece müvekkilinin davasını "kazanmak" için uğraşmamalı; bundan öte, insanlara hizmet etmek, onların sorunlarını çözmek için çaba göstermelidir. "İyi hukukçu, dikkatli hukukçu bir davadaki tehlikeleri tanımlayabilmeli, bir uyuşmazlığın gerçek değerini takdir edebilmeli ve hızlı ve kapsamlı bir çözüm şeklini müzakere etmek için diğer tarafla iş birliği yapabilmelidir."⁶⁶

Bakan Reno her konuşmasında ADR'nin "uygun uyuşmazlık çözümü" (Appropriate Dispute Resolution) olarak adlandırılması gerektiğini; çünkü, ADR'nin çok değişik biçimlerinin mevcut olduğunu vurgulamıştır. Reno Amerikalı hukukçulara şunları söylemektedir: "Amerikalı hukukçulara bir mesajım var. Size yaratıcı düşünmeyi, müvekkillerimizin sorunlarını dava yoluna gitmeden nasıl çözebileceğinizi düşünmeyi tavsiye ediyorum. Müzakere hünerlerinizi ortaya çıkarın. Bir sorun mahkemeye gitmeden çözülebiliyorsa bunu (önceden) görün."⁶⁷

Bazı öğretim üyeleri, ADR eğitiminin, hukukçuların günlük uygulamasında gerçekten etkili olup olmadığını öğrenmek istemişlerdir. Bu öğretim üyeleri, hukukçuların hukuk okullarından veya bir devlet kurumundaki eğitim programından ayrılmalarından sonra, bu eğitimin uzun dönemde çok az etkili olabileceği yönündeki endişelerini belirtmişlerdir. Ancak, yapılan araştırmalar Adalet Bakanlığı'ndaki ve diğer programlardaki ADR eğitiminin çok farklı olduğunu göstermiştir. Birleşik Devletler Adalet Bakanlığı'nda ADR eğitiminin başladığı 1995 yılında, Bakanlık Avukat-

⁶⁵ Amerikan Hukuk Okulları Birliği hakkında bilgi için bkz., <http://aals.org/>

⁶⁶ Janet Reno's Address to the American Association of Law Schools, January 9, 1999 (<http://www.usdoj.gov/archive/ag/speeches/1999/aals.html>).

⁶⁷ Attorney General Janet Reno, United States Department of Justice Press Conference, April 30, 1998 (<http://www.usdoj.gov/archive/ag/speeches/1998/apr3098.htm>).

ları 509 davada ADR'yi kullandıklarını bildirmişlerdir. 1999 yılında bu rakam 2662'ye çıkmıştır. Bu rakamın hızlı bir şekilde artmasında diğer bazı etkenlerin de katkısı bulunmakla beraber, ADR eğitiminin ve diğer tedbirlerin, hukukçuların faaliyetlerini gerçek anlamda etkilediğinden kuşku duyulmamalıdır.⁶⁸

ADR'nin bütün hukukçular üzerinde büyük bir etkiye sahip olduğu da bir gerçektir. 1995-1999 yılları arasında ADR'nin kullanıldığı yaklaşık 1000 dava üzerinde bir araştırma yapılmıştır. Bu çalışma, ülke çapındaki hukuk davaları için Yardımcı Birleşik Devletler Savcıları (Assistant United States Attorneys) tarafından doldurulan ADR değerlendirme formlarını esas almıştır. ADR'nin kullanıldığı bütün davaların yaklaşık üçte ikisinde ADR başarılı olmuş ve bu davalar arabuluculuk oturumlarıyla çözülmüştür.⁶⁹ Bu davalarda avukatlarca yapılan değerlendirmeler şu şekilde olmuştur: *"Arabuluculuk bir işçi-işveren ilişkisinin düzeltilmesine yardım etti. Önceden tahmin edilebilen diğer uyuşmazlıkları önledi"; "çözüm, mahkeme hükmüyle emredilecek olandan daha iyi ve daha dikkatli bir şekilde oluşturuldu"; "dava, ADR olmasaydı çözülemeyecekti, başladığımızda, taraflar aynı odada birlikte oturmayadahi tahammül edemiyorlardı"; "davacıyı ve kurum hukuk danışmanını iddiaları tartışmak için bir araya getirmek çok önemliydi, bu durum idari kurumun yargılamanın fiili tehlikelerini anlamasını da sağladı."*⁷⁰

Tarafların uyuşmazlıklarını ADR ile çözmede başarılı olmadığı durumlarda bile, avukatlar, ADR sürecinin yararlı olduğunu belirtmişlerdir. Avukatlar, ADR'nin şu yararlarını vurgulamışlardır: *"Arabuluculuk bize, davacının konumunu serbestçe araştırma ve anlama imkanı verdi"; "arabuluculuk davacının bir gerçeklik testi yapmasını ve müzakerelerin daha yakın geçmesini sağladı", "arabuluculuk, mahkemeye, idarenin davacı lehine olan iyi niyetli yönetimini gösterdi"; "ADR bize, idarenin tıbbi özeninin yeterli olduğu görüşünü muhafaza ederken, davacının zararları için üzgün olduğumuzu açıklama fırsatı verdi."*⁷¹

Bu araştırmada avukatlara, ADR sayesinde tahminen ne kadar zamandan ve masraftan tasarruf ettikleri de sorulmuştur. Bu veriler ister istemez öznel, ama bu araştırmada, yaklaşık tahminler yerine daha doğru ve net verilere ulaşılması için mevcut formlar yeniden gözden geçirilmiştir. Ortaya çıkan sonuçlar ve tarihler oldukça ilginçtir. Avukatlar, ADR kullanılmamış olsaydı ne kadar zaman ve para harcayacakları konusunda mukayese yaparak tahminde bulunmuşlardır. ADR'nin kullanılması sayesinde tasarruf

⁶⁸ Marcus - Senger s. 716.

⁶⁹ Senger, Jeffrey M., Evaluation of ADR in the United States Attorneys' Cases, (ADR Issues, 2000/4, Vol. 48, s. 25-28), s. 25.

⁷⁰ Senger, s. 28.

⁷¹ Senger, s. 28.

edilen süre, dava başına ortalama 6 aydır. Tasarruf edilen tahmini yargılama giderleri de dava başına 10.700 USD'dir. Sonuç olarak, dava başına avukatların ve bakanlık kadrosunun tasarrufu 89 saattir.⁷²

Uygulamada "hukuk davaların çözülmesinden" daha çok "uyuşmazlık çözümü" yapıldığı bir gerçektir. Daha geniş anlamda Birleşik Devletler hukukçuları "anlaşmazlık yönetimi" (conflict management) üzerinde çalışmaktadır. Örneğin Adalet Bakanlığı, toplumsal ceza davaları konusunda aktif olup, suçun önlenmesi için birlikte çalışan toplulukları desteklemektedir. Topluluk politikası, sorun çözücü yöntemler vasıtasıyla suçun önlenmesini amaçlamaktadır.

Topluluk uyuşmazlık çözüm programları ADR alanında önemli bir katkıda bulunmaktadır. Bu hareket 1970 yılında Birleşik Devletler'de başladığında, Adalet Bakanlığı, Atlanta, Kansas şehri ve Los Angeles'da olmak üzere üç tanıtım programını uygulamaya koymuştur.⁷³ Topluluk uyuşmazlık çözümü, bu tarihten beri hızla gelişmiş ve bu programlar günümüzde, Birleşik Devletler çapında beş yüzden fazla bölgede faaliyet gösterir hale gelmiştir. Adalet Bakanlığı, kendi çabalarının bu alanda da öncülük etmesi için çalışmaktadır.

Topluluk arabuluculuğunun diğer bir önemli katkısı da onarıcı adalet (restorative justice) alanında olmuştur. Onarıcı adalet anlayışı, işlenen bir suç nedeniyle bireysel mağdurların ve toplumun gördüğü zararın üzerinde yoğunlaşmakta ve bunu yaparken de suçtan etkilenen kişiler arasındaki iletişimin onararak düzeltilmesinin önemini vurgulamaktadır.⁷⁴ Failler bu sayede, işledikleri suçun insani ve toplumsal sonuçlarını görme fırsatına sahip olurlar. Failler aynı zamanda pişmanlıklarını açıklama, işledikleri fiilin sorumluluğunu üstlenme ve doğru bir şey yapmayı deneme şansını yakalarlar. Mağdurlar ne olduğunu daha iyi anlarlar ve faillere, hayatlarının bu suçtan nasıl etkilendiğini açıklama şansına sahip olurlar.

⁷² Senger, s. 26.

⁷³ Genel görevli mahkemeler gibi küçük talepler mahkemelerine gönderilen uyuşmazlıkların tahkim ve arabuluculuğu da kapsayan çeşitli uyuşmazlık çözüm yollarıyla çözülmesini kolaylaştırmayı amaçlayan Bölgesel Adalet Merkezleri (Neighborhood Justice Centers) 1970 yılında ortaya çıkmış ve topluluk temelli adalet (community-based justice) anlayışının doğumuna vesile olmuştur. Bu konuda bilgi için bkz., B. Solum, Lawrence, *Alternative Court Structures in the Future of the California Judiciary: 2020 Vision* (*Southern California Law Review* 1993, Vol. 66, s. 2121-2182), s. 2162-2164.

⁷⁴ Onarıcı adalet hakkında geniş bilgi için bkz., Howarth, Joan W., *Towards the Restorative Constitution: A Restorative Justice Critique of Anti-Gang Public Nuisance Injunctions* (*Hastings Constitutional Law Quarterly* 2000, Vol. 27, s. 717-755); Dahlbory, Lynne D. *Restorative Justice, A Survey of the Law and Process with Applications for Paralegals and Paralegal Educators* (*Journal of Paralegal Education and Practice* 2001, Vol. 17, s. 1-38).

Birleşik Devletler Hükümeti'nin ADR alanındaki çalışmaları Adalet Bakanlığı'yla sınırlı değildir. Adalet Bakanı aynı zamanda çeşitli idari kurumların baş hukuk müşavirlerinden oluşan bir kuruluş olan Federal Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Konseyi'nin (Federal Alternative Dispute Resolution Council) başkanıdır. Bu konsey, Federal ADR politikası hakkında bütün hükümet için tavsiyeler yayınlar. Bu konseyin çalışmaları vasıtasıyla, Federal Hükümet'in bir çok kurumunun bu alandaki başarıları gözler önüne serilmiştir.

Federal Hükümet'in yürütme organı 410 adet tam zamanlı görevliyi ve 35.8 milyon USD'yi ADR'ye tahsis etmiştir. Eğer ADR üzerinde çalışan kişilerden yardımcı görevle veya yarım zamanlı kadroyla yararlanabilirse ve vakıf bütçeleri dışında ADR'ye kaynak ayrılabilirse bu rakamların daha da yükseleceği düşünülmektedir.⁷⁵

Birleşik Devletler'in çeşitli idari kurumları ADR konusunda önemli başarılar elde etmişlerdir. Örneğin, Birleşik Devletler Posta Teşkilatı (Postal Service) ülke çapındaki en büyük ve en çok itibar edilen ADR programlarından birine sahiptir. Bir milyona yaklaşan çalışanıyla ülkenin en büyük işverenlerinden biri olan Posta Teşkilatı, diğer idari kurumlara nazaran iş yeriyle ilgili daha çok şikayet aldığı için ADR çabalarını iş yeri konusunda⁷⁶ yoğunlaştırmıştır. Son birkaç yılda Posta Teşkilatı on binden fazla şikayet hakkında arabuluculuk yolunu kullanmış, bunların yüzde seksenini çözmüştür. Bu programdaki arabuluculuklar ortalama dört saat sürmüştür. Programa katılan yirmi altı bin katılımcı üzerinde yapılan araştırma, işverenlerin yüzde seksen sekizinin ADR sürecinden tatmin olduğunu göstermiştir. Buna karşılık, posta teşkilatının ADR süreciyle çözülmeyen uyuşmazlıklarında tarafların sadece yüzde kırk dördü tatmin olmuştur. Bu sonuçlar tamamen ADR'nin lehinedir.

Daha önce de vurgulandığı gibi, uyuşmazlık çözümü geniş anlamda aslında bir anlaşmazlık yönetimidir. Posta Teşkilatı bu konuda aydınlatıcı bir örnektir. ADR'nin Posta Teşkilatı'nda uygulandığı dönemde, resmi iş yeri şikayetleri yüzde yirmiden daha fazla bir oranda azalmış ve böylece iş verenler her yıl binlerce davayı açmaktan kurtulmuşlardır. Posta Teşkilatı görevlileri bu düşüşün, ADR programı vasıtasıyla tatmin olan yöneticilerin ve çalışanların iletişiminin düzelmesiyle açıklanabileceğini düşünmektedirler.

Posta Teşkilatı'nın kullandığı ADR yöntemi "*değiştirici arabuluculuk*" (transformative mediation) olarak bilinmektedir; çünkü, bu arabuluculuk

⁷⁵ Marcus - Senger, s. 718.

⁷⁶ İş yeri arabuluculuğu hakkında bkz., Folberg, Jay - Taylor, Alison, *Mediation, A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*, San Francisco 1984, s. 208-214.

katılımcıların yetkilerini ve uyuşmazlık çözüm süreci üzerindeki kontrollerini artırmayı ve şikayetlerin temelini oluşturan sebeplerin karşılıklı olarak anlaşılabilir şekilde taraflarca kabul edilmesini amaçlar. Tarafların arabuluculuğu, birbirlerini daha iyi anlayarak terk etmeleri beklenir. Şikayetlerin sayısındaki düşüşle milyonlarca dolarlık yargılama giderinden tasarruf edilmiş ve verimlilik artırılmıştır.⁷⁷

Hükümetin yaptığı sözleşmelerle⁷⁸ ilgili olarak Hava Kuvvetleri Bakanlığı (The Department Of the Air Force) yüzün üzerinde davada ADR'yi kullanmış ve bunların yüzde doksan üçünden fazlası çözülmüştür. Hava kuvvetleri yakın bir tarihte, Boeing Şirketi'yle arasında on yıldan beri sürmekte olan 785 milyon USD'lik akdi bir ilişkiden kaynaklanan davayı ADR'yi kullanarak çözmüştür. Bu olay, ADR ile çözülen en büyük davalardan biridir. Benzer şekilde Hava Kuvvetleri, Northrop Grumman şirketi ile arasında olan ve 195 milyon USD'lik bir akdi ilişkiden doğan uyuşmazlığı da ADR ile çözmüştür. Her iki olayda da ADR ile ulaşılan çözüm, çok büyük masraflara yol açacak olan ve tatmin edilemeyecek neticeler doğurabilecek bulunan dava yoluna tercih edilmiştir. Bu ADR programlarının faydalarının görülmesiyle Hava Kuvvetleri Sekreteryası, ADR'nin en geniş ölçüde kullanılmasını temin etmek için resmi bir Hava Kuvvetleri Politikası oluşturan bir emir yayınlamıştır. Sonuç olarak, Hava Kuvvetleri günümüzde en çok sözleşme yaptığı kişilerle, dava açmadan önce ADR'yi kullanacakları konusunda anlaşmaktadır.

Hava Kuvvetleri, 1997-2000 yılları arasında iş yerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde de ADR'yi kullanmış ve yedi binden fazla iş yeri uyuşmazlığının yüzde yetmişinden fazlasını başarıyla çözmüştür. Bu kurumun eşit istihdam fırsatı (equal employment opportunity) programı, ADR sayesinde, diğer devlet kurumlarındaki programlardan daha etkilidir. Federal kurumlar, eşit istihdam fırsatından doğan şikayetlerin çözümü için ortalama 404 gün harcarken, Hava Kuvvetleri sadece 258 gün harcamaktadır.⁷⁹

Sağlık ve İnsan Hizmetleri Bakanlığı (The Department of Health and Human Services) da kendi uyuşmazlıklarının yönetiminde ADR'yi

⁷⁷ Marcus - Senger, s. 719.

⁷⁸ Amerika Birleşik Devletleri'nde hükümetin yaptığı sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde ADR geniş ölçüde kullanılmaktadır. Bu konuda bkz., Warfield, Wallace, *The Implications of Alternative Dispute Resolution Process for Decisionmaking in Administrative Disputes*, *Pepperdine Law Review* 1989, Vol. 16, s. 93-104).

⁷⁹ Marcus - Senger, s. 720; Hava Kuvvetleri tarafından kullanılan ADR modeli hakkında bilgi için bkz., Hartsell, John E., *The Sounds of Silence: Promoting Alternative Dispute Resolution in Air Force Procurement by Putting Confidence into Confidentiality* (*Air Force Law Review* 2002, Vol. 53, s. 183-219), s. 191.

çok önemli görmektedir. Bu kurum, uyuşmazlıklarının çoğunu yardım almadan çözebilmesine karşılık, çözüme ortalama üç yıllık bir gecikmeyle duruşmadan önce ulaşılmıştır. Bir ADR programının oluşturulmasıyla Bakanlık önemli ölçüde para ve zaman tasarrufu yaptığını görmüştür. Bakanlık ADR'yi kullandığı ilk kırk sekiz davasının kırk dördünü çözmeyi başarmıştır. Bu başarıyla ADR programı giderek büyümüştür. 1999 yılında arabuluculuk 81 davada tamamlanmış ve buna ilave olarak 53 davada başlatılmıştır. ADR, bu uyuşmazlıkların çözülme süresini de üç yıldan altı aya kadar azaltmıştır.

Sağlık ve İnsan Hizmetleri Bakanlığı, fakirlerin tıbbi tedavisini yürütmekte kullanılan idari giderlerle ilgili devlet uyuşmazlıklarının çözümünde de ADR'yi kullanmaktadır. Bakanlık, geçmiş 5 yıl içinde toplam 2,5 milyar USD'lik ihtilafli fonların karıştığı uyuşmazlıkları çözmeye ADR'yi kullanmış ve 600.000 USD giderden tasarruf etmiştir. Ayrıca, taraflar daha adil ve daha uyumlu çözümler sayesinde, arabuluculuğun devletle federal görevliler arasındaki ilişkileri düzelttiğini de belirtmişlerdir.

Bu konuda verilebilecek son örnek, Çevre Koruma Kurumu'nun, Massachusetts'teki Housatonic Nehri'nin temizlenmesiyle ilgili olarak General Electric şirketiyle arasında çıkan uyuşmazlığı ADR ile çözmesidir. Çevre Koruma Kurumu, General Electric'in ve diğer devlet ve federal düzenleme kurumlarının da karıştığı 11 ayrı taraf arasındaki çözüm müzakerelerini kolaylaştırmak amacıyla arabuluculuğu kullanmıştır. İhtilaf konusu olaylar, kirliliğin temizlenmesi ve çevrenin eski haline getirilmesi de dahil olmak üzere çok yönlü sorunları içermektedir. Arabulucular, tarafların bu karmaşık müzakereleri yönetmelerinde onlara yardımcı olmuşlardır. Kurum, ADR olmadan bu denli geniş gruplardan oluşan taraflar arasındaki müzakerelerin çok daha zor olacağını belirtmiştir.⁸⁰ Sonuçta ulaşılan çözüm şekli, bir mahkemenin yetkisini fazlasıyla aşan çareleri içermiş ve bu esneklik ADR'nin önemli bir faydası olmuştur. Bu esnekliğe bir örnek vermek gerekirse, taraflar, halkın müzakerelere katılarak görüş ve düşüncelerini açıklaması amacıyla, Vatandaş Koordine Konseyi'nin bir toplantısını yönetmek üzere, tarafsız bir kolaylaştırıcının atanmasını kararlaştırmışlardır. İlgili toplulukların temsilcileri konseye katılmışlardır. Sonuçta yapılan anlaşma, tarafsız bir sosyal inceleme süreci aracılığıyla gelecekte ortaya çıkabilecek teknik anlaşmazlıkların çözümünü de ayrıca öngörmüştür.

Bugün hukukçuların, uyuşmazlıkların çözümü için kullanılan bu tür iş birliğine dayalı yolların kurumsallaşması konusunda daha çok çaba göstermeleri gereklidir. Anglo-Amerikan hukukunda ve başta Avrupa Konseyi'nin de katkılarıyla Kıta Avrupası hukukunda ADR son yıllarda

⁸⁰ Marcus - Senger, s. 721.

şaşırtıcı bir gelişme kaydetmiştir; ama, bu gelişmeler sürdürülmeli ve mutlaka Türk hukukunda da takip edilmelidir.

ADR o kadar iyi organize edilmiştir ki, artık bir “*alternatif*” olmaktan çıkmıştır. ADR’nin mücadeleci usullerin (adversarial procedures) yerini almak amacıyla oluşturulduğu unutulmamalı ve ADR mücadeleci usullerin bir parçası haline getirilmemelidir. Birleşik Devletler’de halen süren bazı hukuk eğitimi kursları, hukukçulara taktiksel bir üstünlük kazandırmak amacıyla nasıl iyi bir ADR eğitimi verdikleri konusunda reklam yapıyorlar. Bazı kişiler ADR usullerini, ortak menfaatleri paylaşmak ve her iki tarafı da tatmin edecek yaratıcı çözümler oluşturmak için birlikte çalışmayı kolaylaştırmak amacıyla kullanmak yerine, kendi şahsi amaçları doğrultusunda kullanmaktadır. Hukukçular ADR’yi mücadeleci bir oyunun parçası olarak kullandıkları takdirde, ADR kendisini ilk etapta mücadeleci usullerden ayıran farklılığı olan iş birliği ve ortaklaşa çalışma unsurlarını kaybedecektir.

Bazı hukukçuların yargı dışı uyuşmazlık çözümü yerine hala dava yolunu tercih etmeleri ve bu nedenle ADR’ye içgüdüsel olarak tepki göstermelerinin önlenmesi için çaba harcanmalıdır. Hukuk firmalarında dava bölümleri genellikle para kazanmayı sağlayan merkezler olarak görülür. Bazı hukukçular “ADR” yi hala “*gelirdeki düşüş endişesi*” nin (Alarming Drop in Revenue) sembolü olarak görmektedirler. Hukukçuların, ADR’nin hem kendi müvekkillerinin ekonomik menfaatleri için hem de uzun dönemde kendileri için kazançlı olacağını anlamaları sağlanmalı ve ADR’ye olan güvenleri artırılmalıdır.

1970’li yıllarda Birleşik Devletler’de uyuşmazlık çözümü alanında ve hatta temel müzakere hünerleri konusunda hemen hemen hiçbir hukuk okulu kursu bulunmamaktaydı. Bugün ise 150’nin üzerinde hukuk okulu ADR alanında eğitim vermekte ve Missouri-Columbia Üniversitesi Hukuk Okulu gibi okullar dünyaca tanınmaktadır. Birleşik Devletler hukuk eğitiminde öğretim üyeleri, olağan yargılama hukuku eğitimini aynı yoğunlukta vermeyi sürdürmekte, bir davanın gerçek zorlukları, dava yolunun içinde barındırdığı tehlikelerin gerçekçi bir tahlilinin nasıl yapılacağı ve müvekkillerinin menfaatlerini koruyacak çözümleri nasıl bulacakları genç hukukçulara öğretilmektedir. Kapsamlı bir tahkikatın nasıl yönetileceği, duruşmaların yürütülmesi, davaya hazırlık, hüküm verme konusunda öğrencilere eğitim verilerek dava yolunun ne kadar zaman ve para harcanmasına yol açtığı gösterilmektedir.⁸¹

⁸¹ Marcus - Senger, s. 722.

Yargı dışı uyuşmazlık çözümü alanında çalışmak isteyen hukukçulara,⁸² mahkeme dışında yürütülen iş birlikçi anlayışın faydaları öğretilmektedir. Birleşik Devletler Adalet Bakanlığı'nda yirmi farklı bölümde, binlerce hukukçunun gözlemlenmesinde, Bakan Yardımcısı ADR'yi destekleyen açıklamalar yaparak, farklı devlet kurumları arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde de ADR'yi önermiştir. Bir müzakere masasında avukatlar, Birleşik Devletler halkının menfaatlerini koruyacak bir çözüme ulaşmak için gayret etmektedirler. Bu avukatlar, hukuki konularda çok bilgili ve yeteneklidirler; fakat, görüşlerini sunmada her zaman etkili olamamaktadırlar. Bazı avukatlar konuşma yeteneğine sahip olmalarına karşılık, karşı tarafı dinleme veya gerektiğinde karşı tarafın fikirleri üzerinde karar verme yeteneğine sahip değildirler.

Bunun yanında bazı hukukçular, davalarını nasıl sunacaklarını, karşı tarafı nasıl ikna edeceklerini ve gerek üslupları gerek sözleriyle sorunların çözülmesini nasıl kolaylaştıracaklarını bilmektedirler. Bu hukukçular, insanların gözlerine bakarak onların gerekçeleri hakkında onlarla tartışmakta ve aynı zamanda, diğer tarafın görüşlerine duyarlı davranarak diğer tarafla uzlaşmaya gayret etmektedirler. Bunlar, uyuşmazlık çözümünde en verimli olan hukukçulardır.

Bu ilkeler sadece hukuki açıdan değil, fakat toplumsal açıdan da önemlidir. Avukatlar mümkün oldukça iş birliğine dayalı uyuşmazlık çözümünü kullanmak için çaba göstermeli ve mücadele etmeye dayalı uyuşmazlık çözümünü sadece mecbur kaldıklarında kullanmalıdırlar. Yeni nesil hukukçuların daha iş birlikçi ve daha barışçı bir dünya oluşturmaları sağlanmalıdır.⁸³

Birleşik Devletler'de bu mülahazalarla doğan ve gelişen ADR, Kıta Avrupası'na da yayılmış ve medeni hukuk, ceza hukuku gibi alanlar yanında idare hukukunda da etkili olmaya başlamıştır. Örneğin, Alman idare hukukunda ADR bilgi edinme, katılım, itiraz ve hukuki güvenlik amaçlarına hizmet etmektedir.⁸⁴ ADR hukuki uyuşmazlıkların önlenmesi için kulla-

⁸² Birleşik Devletler'de kamu düzeni programlarına göre kurulmuş çeşitli eyalet büroları bulunmaktadır. Örneğin, 1984 yılında Washington DC'de kurulan Ulusal Uyuşmazlık Çözüm Enstitüsü (National Institute for Dispute Resolution), ulusal arabuluculuk uygulaması üzerinde etkili olmak amacıyla kurulmuş bir eyalet arabuluculuk bürosudur. Bu tür eyalet arabuluculuk büroları, arabuluculuk üzerinde düzenleme, örgütlenme, eğitim verme ve arabuluculuk hizmeti sunma gibi işlemlere sahiptir. (Adler, Peter S., *State Offices of Mediation: Thoughts on the Evolution of a National Network, Kentucky Law Journal* 1992-93, Vol 81, s. 1013-1027, s. 1014).

⁸³ Marcus - Senger, s. 723.

⁸⁴ Alman idare hukukunda ADR hakkında geniş bilgi için bkz., Kitschenberg, Helmut, *Conciliation in Administrative Disputes (Alternatives to Litigation Between Administrative Authorities and Private Parties: Conciliation, Mediation and Arbitration Proceedings, Germany* 2000, s. 77-86).

nılmaktadır. İdari bir işlemde hakları zarar gören bir kişi tarafından bu işleme karşı yapılan itirazın (Widerspruchverfahren) incelenmesi, itirazın sonuçlandırılması amacından daha da ileri gitmektedir; zira, bu süreç pek çok idari uyumsuzluğun doğmasını önlemeyi amaçlamaktadır. Bu yargılama öncesi idari sürecin amacı mahkemelere yardımcı olabilmektir.

1 Ocak 1991'den itibaren yürürlüğe giren dördüncü yasa değişikliği (VwGO-Änderungsgesetz) mahkemelere yardımcı olmayı hedeflemiştir. Bu sayede idari işleme karşı yapılan itirazı inceleyen merci çözüm önerisinde bulunabilecektir; ama mahkemenin sürece katılımı zorunludur. Bu nedenle, burada dar anlamda bir ADR yolunun varlığından söz etmek güçtür.⁸⁵

Avrupa'da özellikle Topluluk hukuku, idare hukukunda ADR'yi desteklemektedir. Bu doğrultuda Avrupa Birliği'ne üye olan ülkelerin mevzuatlarında çeşitli değişiklikler yapılarak, ADR'nin idare hukukunun bir parçası olması hedeflenmiştir.⁸⁶

§ 4. İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Ombudsman

Toplumsal sistemde, vatandaşların karşılaştıkları haksızlıklar karşısında şikayette bulunmaları her zaman görülmektedir. Bu durumlarda yargı ve politika sisteminin, müdahaleci devlet (interventionist state) modelinin doğurduğu çok çeşitli türdeki şikayetleri karşılamakta yetersiz kalması açık bir şekilde gözlemlenmiştir. Kamu hizmetlerinin kullanılması yaygınlaştıkça artan şikayetleri karşılamak için öngörülen çarelerden biri de ombudsmandır.^{87, 88}

⁸⁵ Labes, Habertus W., "Germany" (Dispute Resolution Methods, The Comparative Law Yearbook of International Business, *Special Issue* 1994, London 1995, s. 181-206), s. 194.

⁸⁶ Alman idare hukuku ile Avrupa Birliği hukukunun getirdiği idare hukuku ilkeleri arasındaki ilişki hakkında bkz., Nolte, Georg, General Principles of German and European Administrative Law-A Comparison in Historical Perspective (*Modern Law Review* 1994/March, Vol. 57, s. 191-212).

⁸⁷ Birkinshaw, Patrick, Complaints mechanisms in administrative law: recent developments (*A handbook of dispute resolution, ADR in action*, London and New York 1991, s. 43-54).

⁸⁸ Ombudsman hakkında geniş bilgi için bkz., Erhürman, Tufan, İdari Denetim ve Ombudsman (Yayımlanmamış doktora tezi), Ankara 2001; Erhürman, Tufan, *Dünyada ve KKTC'de Ombudsman*, Lefkoşe 1995; Avşar, Zakir, *Ombudsman (Kamu Hakemi)* Ankara, tarihsiz; Eklundh, Claes, The Parliamentary Ombudsmen in Sweden (Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000, C.4, Ankara 2000, s. 463-486); Odyakmaz, Zehra, Türk Hukuk Kurultayı'na Sunulan İsveç Parlamento Ombudsmanlığı ile İlgili Bildiri Üzerine Düşünceler (Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000, C.4, Ankara 2000, s. 487-491); Akıncı, Müslüm, *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman*, İstanbul 1999.

A. Ombudsmannın Mücadeleci Sistem İçindeki Yeri

Bir usul sistemi olarak ombudsmannın gelişimi, mücadeleci sisteme (adversary system) ilişkin bakış açısıyla yakından ilişkilidir. Ombudsman ve mücadeleci sistem, gayri resmi usullerin düzenlenmesinde özünde bir-biriyle çatışan kavramlardır. Her iki kavram da farklı uyumsuzluk çözüm anlayışına dayanır ve farklı politik ve toplumsal değerleri yansıtır. Her iki sistem uyum içinde bir arada bulunabilirken, mücadeleci sistem sahip olduğu niteliklerle ombudsmannın gelişmesini bir ölçüde engellemektedir. Her şeyden önce, kanunlara uygunluk (due process) ilkesinin gerekliliklerinin mücadeleci sisteme başvurulmasını zorunlu kıldığı bir karine olarak kabul edilmektedir. Mücadeleci sistem hakkındaki bu tartışmasız güven, ombudsmannın gelişmesi için uygun olabilecek alanlarda onun kabul edilmesini engellemektedir. Bu nedenle ombudsmannın geleceği, kısmen de olsa mücadeleci sistemin sınırlarının tespit edilmesine bağlıdır.⁸⁹

Ombudsmannın tanımında üç temel özellik bulunmaktadır:

1. Ombudsman, yasama organınca görevlendirilen bağımsız ve tarafsız bir kişi olup, idareyi denetleme amacıyla çoğunlukla anayasada düzenlenir.

2. Ombudsman, idarenin eylem ve işlemlerine karşı halk tarafından yapılan belli şikayetleri inceler.

3. Ombudsman soruşturma, değerlendirme ve yayınlama yetkisine sahiptir; fakat, idari işlemi değiştirme veya iptal etme yetkisine sahip değildir.⁹⁰

Ombudsman modelinin temelinde yatan ilkeler pek çok yönden mücadeleci sistemin temel ilkeleri ile çelişmektedir. Ombudsman, toplumu veya merkezi karar organını uzlaştırmayı, güçlendirmeyi ve kanuna uygun hale getirmeyi amaçlar. Buna karşılık mücadeleci sistem, meseleleri zıt kutuplara çekerek tarafları tamamen birbirlerine ters bir konuma sokar, ferdiyetçiliği ve karar organının pasifliğini destekler. Ombudsman ise, karar vermedeki kontrolün ve egemenliğin asli öneme sahip olduğu tahkik sisteminin (inquisitorial system) içinde yer alır. Bu durum, Ombudsmannın öncelikle ve sür'atle tahkik sistemini benimsemiş olan ülkelerde gelişmesinin de temel nedenidir. Ancak bu durum, mücadeleci sistemin uygulandığı

⁸⁹ Verkuil, Paul R., *The Ombudsman and the Limits of the Adversary System* (Columbia Law Review 1975, Vol. 75, s. 845-861), s. 846.

⁹⁰ Verkuil, s. 847; Ombudsmannın özellikleri hakkında bilgi için ayrıca bkz., Zabunoğlu, Yahya K., *Ombudsman, Yeni Bir Denetim Modeli* (Hukuk Merceği, Konferans ve Paneller, 2000-2002, C. 2, Ankara 2002, s. 104-113), s. 107; Günday, Metin, *Ombudsman, Yeni Bir Denetim Modeli* (Hukuk Merceği, Konferans ve Paneller, 2000-2002, C. 2, Ankara 2002, s. 113-119), s. 114.

ortak hukukun ombudsmana uygun olmadığı anlamına gelmez; nitekim, ombudsmanın Amerika'daki gelişimi bunu açıkça göstermektedir. Ombudsmanın mücadeleci sisteme yerleştirilme çabaları, mücadeleci sistemin farklı ilkeleriyle ombudsmanın ihtiyacı olan ilkelerin ve yetkilerin uzlaştırılmasını gerektirir.⁹¹

Ombudsman fikrinin Amerika'da gelişmesi, mücadeleci sistemin geleneksel yapısının ve idarenin yargısal denetiminin tamamen tersine çevrilmesini gerektirmemesine rağmen, klasik ombudsman modelinin Amerika'daki geleceğinin uygulamada geniş ölçüde, kamusal karar verme sürecinde mücadeleci sistemin alanının sınırlanmasına bağlı olduğu kabul edilmektedir. İdari işlemlerin hukuka uygunluğunu değerlendirme konusunda mücadeleci sistem yegane yol olarak görülmemelidir. Mücadeleci sistem üzerinde yapılan bu sınırlama iki ayrı yönden inceleme yapılmasını gerektirir. Birinci olarak, özel uyuşmazlık çözümünde üzerinde uyuşmazlık olan menfaatlerin aksine, kamusal karar verme sürecinde tehlikede olan menfaatlerin tanımı yapılmalıdır. İkinci olarak, kamusal karar verme sürecindeki sorunların çözülmesinde ombudsmanın veya mücadeleci olmayan diğer bir usulün sağlayabileceği faydaların değerlendirilmesi yapılmalıdır.⁹²

Özel nitelikli uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan bir yol olarak mücadeleci modelin faydalarını, kamusal alandaki uyuşmazlık çözümüne teşmil etmeye gerek yoktur. Kamusal alanda uyuşmazlık çözümü oldukça farklı amaçların yerine getirilmesini gerektirir. Mücadeleci sistemin, usulü adalette (procedural justice) kabul edildiği gibi, kamu kaynaklarının yönetiminde zimnen mevcut olan maddi adalet (substantive justice) anlayışının ve herkese hakkını vermeyi amaçlayan dağıtıcı adalet (distributive justice) anlayışının gelişmesine en uygun yöntem olduğunu kabul etmek için çok az neden bulunmaktadır. Aslında, Adam Smith'in özel mülkiyet, serbest teşebbüs ve müdahaleci olmama ilkelerinden esinlenen bir usul sisteminin, John Maynard Keynes'ten ilham alan yönetici ekonomi ilkesinden doğan "mülkiyet" hakları zerinde hüküm vermekte faydalı olup olmayacağının tartışılması için geçerli nedenler bulunmaktadır. Mücadeleci sistemin doktrini klasik liberalizmdir; oysa çağdaş liberalizmin hedefleri yeni bir kavramsal sistem gerektirir.

Bu tartışmanın nedeni, farklı toplumsal hedeflerin usuli amaçlarda bir değişmeyi gerekli kılmasıdır. Sonuçta, sosyal devlet (welfare state) anlayışı içinde toplumsal adaleti sağlamak için oluşturulmuş usuller, bireysel karar süreci kadar sistemin geneli üzerinde de yoğunlaşmalıdır. Bireyler için en uygun verimlilik ile (bu mücadeleci sistemin belirtisidir) genel olarak

⁹¹ Verkuil, s. 851.

⁹² Verkuil, s. 852.

toplum için öngörülen verimlilik arasında bir tezatlık bulunur. Toplumsal verimlilikte, usuli yöntemlerin, toplumsal amaçlara uygun olarak toplumsal kaynaklara tahsis edilmesi söz konusudur. Değerlendirmede esas alınan kıstas, toplumsal sistemin amaçlarının geliştirilmesi olduğunda, mücadeleci sistem çok pahalıdır. Aslında, kamusal karar verme sürecine mücadeleci sistemi zorla yerleştirmek, sistemin kendisini yıkması anlamına gelecek, elde edilebilecek yararların büyük bir kısmı tüketilecek ve böylece sistem kendi kendisini zayıflatacaktır.⁹³

Kamusal yapıda mücadeleci usullerin kullanılması, kamu programlarının maliyetlerini artırmak ve bu yolla program amaçları tam gerçekleşmeden onların küçülmesine neden olmak yanında, başka iki açıdan daha zararlı olacaktır. Bunlar, hükümetin parasal yönden zayıflaması ve mücadeleci usulün gerçek usuli güvenceler sunamamasıdır.⁹⁴

Geleneksel değerlere zarar vermemek için, yeni usuli sistemlerin gelişmesine itiraz edilmektedir. Post-liberal devleti uygun bir şekilde etkilemenin yolu, adaleti sağlayıp kontrolsüz merkezi gücün korkusunu ortadan kaldırırken, alternatif usul sistemlerini sistemde etkili olacak şekilde gerekli kılmaktır. Böylece, yönetim teknikleri teoride kabul edilebilirken, bu teknikler yetkili kişilerce yerleştirilebilecek ve onların uygulamaya dönük faydaları yeterli bir şekilde değerlendirilebilecektir. Bu noktada omudsmen sistemi büyük katkılarda bulunabilir. Mücadeleci karar verme sistemini reddetmeyi veya azaltmayı amaçlayan yönetim tekniklerinin kullanılması halinde, hükümet baskısının oluşacağına yönelik korku, halkın denetçisinin oluşturulmasıyla giderilebilir. Bu yolla ombudsman yeni bir geleneğin başlangıcının işaretlerini vermekte; kurumsallaşmış harici sistem izleyicilerinin denetimi sayesinde, kamusal karar verme mekanizması hızlanmaktadır.⁹⁵

B. Ombudsmanın İşlevi

Ombudsman daima bağımsız bir kişi olarak, idarenin yapmış olduğu hukuka aykırı eylem ve işlemlerine karşı yapılan kamusal şikayetleri, araştırma, değerlendirme ve kamuya yayınlama yetkisiyle inceler. Ombudsman, kendisine yapılan bir şikayeti haklı bulduğunda, idarenin vermiş olduğu kararı değiştirme yetkisine sahip değildir; ama, ilgili idari merciyi bu kararı değiştirmesi veya şikayetçiye tazminat ödemesi için ikna edebilir.

⁹³ Verkuil, s. 853.

⁹⁴ Verkuil, s. 854.

⁹⁵ Verkuil, s. 856.

Ombudsman dar anlamda ADR'nin kapsamına girmemektedir; çünkü, ombudsmanın görevi uyuşmazlıkları çözmek değil, kendisine yapılan şikayetleri incelemektir. Bununla beraber, ombudsmanın işlevi araştırma yapmayı ve mümkün olduğu ölçüde tarafları uzlaştırmayı da içerdiğinden, onun geniş anlamda ADR'ye dahil edilmesi mümkündür.⁹⁶ Ombudsman, uyuşmazlık çözümünde kolaylaştırıcı olarak hizmet etmesi ve tarafları bağlayıcı bir karar verme gücünden mahrum olması nedeniyle arabulucuya⁹⁷ benzemektedir. Ancak, ombudsmanın arabulucudan ayrıldığı yönler de vardır. Ombudsman, uyuşmazlığın çözümü konusunda bir hükümet kuruluşuna veya bir işverene tavsiyede bulunma yetkisine sahiptir. Bu merci ve kişiler de ombudsmanın tavsiyesi doğrultusunda hareket edebilirler. Nitekim ombudsmanın tavsiyeleri idari merciler ve kar amacı gütmeyen kuruluşlar üzerinde etkili olmakta, özel sektörde de ihtilafların adil ve ucuz bir şekilde çözülmesini sağlamaktadır.

Ombudsman kurumu ilk olarak 19. yüzyılın başında İsveç'te kurulmuş ve oradan İskandinavya'daki diğer ülkelere, Yeni Zelanda, Avustralya, Almanya, Birleşik Devletler'in⁹⁸ bazı eyaletleri ve diğer yerlere yayılmıştır.⁹⁹ 1809 tarihli İsveç Anayasası "*justiteombudsman*" adıyla, vatandaşların hükümete karşı olan şikayetlerini incelemekle görevli olan ve yasama organınca atanan bir kurum oluşturmuştur. İsveç'te halen bu kurum büyük bir itibara sahiptir. İsveç'te yasama organınca atanan ve siyasi olarak yasama organından bağımsız olan dört ombudsman bulunmaktadır. Bunlar, vergi sistemini denetleyen ombudsman, mahkeme ve ceza adaleti sistemi ombudsmanı, sosyal refah ve eğitim sistemi ombudsmanı ve silahlı kuvvetler ombudsmanıdır. Bu ombudsmanlar, çoğunlukta olan siyasi partiler tarafından dört yıllık bir dönem için atanırlar. Ombudsmanların görevleri dolaylı olduğundan, ombudsmanlar kanunları ve siyasi uygulamaları değiştiremezler. Ombudsmanlar sadece değişiklik yapılmasını tavsiye edebilir-

⁹⁶ Brown - Marriott, s. 380; Brown, Henry, "England" (Dispute Resolution Methods, The Comparative Law Yearbook of International Business, *Special Issue 1994*, London 1995, s. 150-180), s. 163.

⁹⁷ Arabuluculuğun tanımı ve özellikleri için bkz., *aşa.* s. 6. C, III.

⁹⁸ Birleşik Devletler'de ombudsmanın doğuşu, gelişimi ve işleyişi hakkında bilgi için bkz., *Ombudsman For American Government?* (Stanley V. Anderson ed.), Columbia University 1968; Wiegand, Shirley A., A Just and Lasting Peace: Supplanting Mediation with the Ombuds Model (*Ohio State Journal on Dispute Resolution* 1996, Vol. 12, s. 95-145), s. 102-111. Ayrıca, Ombudsmanın Kanada hukukundaki gelişimi için bkz., Marshall, Mary A. - Reif, Linda C., The Ombudsman: Maladministration and Alternative Dispute Resolution (*Alberta Law Review* 1995/1, Vol. 34, s. 215-239).

⁹⁹ Ombudsmanın gelişimi ve tarihçesi hakkında bilgi için bkz., Patrick s. 44 vd., Erhürman, *İdari Denetim*, s. 301 vd.

ler. Ombudsmanın tavsiyelerine uyulmazsa, ombudsman medya araçlarını veya kamu oyu desteğini kullanarak ilgili kurumlara baskı yapabilir.¹⁰⁰

Klasik İskandinav modelinde ombudsman, denetlemekle görevli olduğu kurum için kesinlikle çalışmazken, Birleşik Devletler'de 1960'lı yılların sonlarından itibaren ombudsman fikri, kamu kurumlarının yada özel kurumların yönetiminin bir parçası olarak ortaya çıkmıştır. Burada ombudsman, kurumun bünyesinde bulunan tarafsız bir kişi sıfatıyla, hiyerarşik ilişkinin dışında ve doğrudan kurumun başkanına rapor veren bir kişi olarak görülmüştür. Ombudsmanın görevi, kurumun çalışma konularıyla ilişkili ihtilafların, gayri resmi danışma, arabuluculuk ve daha nadiren tahkikat yaparak yönetime tavsiye verme yoluyla çözülmesine yardımcı olmaktır. Bugün ombudsmanlık yapan kişi ve kurum sayısının en yüksek olduğu ülke Birleşik Devletler'dir. Yapılan tahminlere göre, Amerikan ve Kanada akademik enstitülerinde ve bunlardan daha fazla sayıda olmak üzere kamu kurumları ile özel kuruluşların bünyelerinde ombudsmanlık yapan yüzlerce kişi (ombudspersons) bulunmaktadır.¹⁰¹ Birleşik Devletler'de ki kurumsal ombudsman büroları, nitelikleri itibariyle klasik ombudsman modelinden oldukça farklıdır. Örneğin ombudsman benzeri bürolar (quasi-ombuds offices), klasik ombudsmanların pek çok özelliğine sahip olsalar da, bağımsız olmamaları nedeniyle farklılık gösterirler. Zira, bu bürolar, belediye başkanı veya vali gibi hükümetin denetim makamlarıyla yakın ilişki içinde çalışmaktadırlar.¹⁰² Ayrıca, idari kurumların ve özel kuruluşların taraf oldukları ihtilafların çözümünde ombudsmanın bazı yönlerden arabuluculuktan daha faydalı olduğu da savunulmaktadır.¹⁰³

Günümüzde kurumsal ombudsmanlar, bağlı oldukları kurumun iç meseleleriyle ilgili uyuşmazlıklarda çözüm üretmek üzere geniş ölçüde kullanılmaktadırlar.¹⁰⁴ Ombudsman belki de bu kişisel görevlerine ek olarak üstlendiği ağır sorumluluklar nedeniyle, ilk önce büyük şirketlerde ve üniversitelerde görülmüştür. McDonald's, Control Data, Federal Ulaştırma, IBM, Amerikan Optik Şirketi, AT&T Bilgi Sistemleri ve Amerika Bankası gibi yaklaşık 200 büyük şirket kendi bünyelerinde oluşturdukları ombudsmanlara sahiptirler. Bunlara ek olarak, kolejlerde ve üniversitelerde ombudsmanlık yapan 100'den fazla büro bulunmaktadır. Daha yakın bir tarihte Birleşik Devletler Milli Gelirler Servisi (The Internal

¹⁰⁰ Burton, John - Dukes, Frank, *Conflict: Practices in Management, Settlement and Resolution*, New York 1990, s. 113 .

¹⁰¹ Wiegand, s. 102.

¹⁰² Wiegand, s. 106.

¹⁰³ Wiegand, s. 131.

¹⁰⁴ Slaikeu, Karl A. - Hasson, Ralph H., *Controlling the Costs of Conflict*, San Francisco 1998, s. 94; Nolan - Haley, s. 233.

Revenue Service), kendisiyle vergi mükellefleri arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde yardımcı olması amacıyla bir ombudsman kurmuştur.¹⁰⁵

Birleşik Krallık'ta ilk ombudsman Parlamento Komiseri Kanunu (Parliamentary Commissioner Act) ile 1967 yılında, İsveç sistemindeki ombudsmandan daha az yetkilere sahip olarak kurulmuştur. Bu ombudsman hükümet birimleri ve diğer kamu kuruluşları hakkında yapılan şikayetleri kabul etmiştir. Ancak, bu şikayetler ombudsmana doğrudan değil, bir parlamento üyesi aracılığıyla yapılmıştır. Parlamento Komiseri politik meseleler hakkında soruşturma yapamadığı gibi, şikayetçinin bir mahkemeye başvurması halinde de araştırma yapamamıştır.¹⁰⁶ Sonuç olarak, komiser ile mahkemelerin işlevleri arasında bazı çakışmalar olması kaçınılmaz olmuştur.

Ombudsman kurumu hem yasalarla hem de gönüllü bir uygulamayla idare hukukunun diğer alanlarına da yayılmıştır. 1973 yılında yürürlüğe giren Ulusal Sağlık Hizmeti Yeniden Örgütlenme Kanunu (The National Health Service Reorganization Act) İngiltere ve Galler için Sağlık Hizmeti Komiserliği büroları kurmuştur. 1974 tarihli Yerel İdare Kanunu (Local Government Act) ombudsman sistemini merkezi idareden yerel idareye taşımıştır. Bu Kanun'a göre atanan Yerel idare komiserleri, yerel merciler ile yeni kasabalar ve yeni kasaba geliştirme kuruluşları komisyonu, şehir geliştirme kuruluşları, polis mercileri ve su idaresi gibi diğer kurumlar tarafından yapılan idari eylem ve işlemleri soruşturmaktadır.¹⁰⁷ Herhangi bir mahkemede hukuk ve ceza davalarının açılması veya yürütülmesi, suç işlenmesini önlemek için yapılan işlemler, belirli akdi muameleler, çalışma koşullarıyla ilgili çeşitli özel meseleler ve özel olarak belirlenen diğer bazı istisnalar yerel komisyon üyesi tarafından yapılacak soruşturmada açıkça hariç tutulmuştur. Şikayet ve soruşturma usulü kanunda belirlenmiş ve komiser, tanıkların daveti ve dinlenmesi ve gerekli belgelerin ibraz edilmesi konusunda bir Asliye Hukuk Mahkemesi (High Court) hakiminin sahip olduğu yetkilere benzer yetkilerle donatılmıştır. Komiser, şikayetçiye ve ilgili kamu kuruluşuna veya idari mercie yazılı bir rapor sunacaktır. Komiser, ortada hukuka aykırı bir idari işlemin bulunduğu sonucuna varırsa, kamu kuruluşu veya idari merci bu rapor üzerine yapılan işlem hakkında komi-

¹⁰⁵ Singer, Linda, *Settling Disputes: Conflict Resolution in Business, Families, and the Legal System*, Boulder 1990, s. 103.

¹⁰⁶ Rowat, Donald C., *The Spread of the Ombudsman Idea (Ombudsmen for American Government?)*, Columbia University 1968, s. 7-36), s. 23; Erhürman, *İdari Denetim* s. 413.

¹⁰⁷ Partington, Martin, *Resolving Citizens' Grievances-Alternatives to Litigation: The Common Law Perspective (Alternatives to Litigation Between Administrative Authorities and Private Parties, Conciliation, Mediation and Arbitration Proceedings*, Germany 2000, s. 107-115), s. 111.

seri bilgilendirmelidir. Kamu kuruluşu bu bilgilendirmeyi yapmazsa, bu durum başka bir raporun konusu olur ve bu raporda, hukuka aykırı işleme katlanmış olan kişi lehine bir ödemede bulunulması kararlaştırılabilir.¹⁰⁸

Ombudsman sistemi idari sistemin dışında da genişlemiş ve inşaat, sigorta,¹⁰⁹ banka, sosyal güvenlik, cenaze, emlak ve hukuki danışmanlık alanları gibi özel sektör kuruluşları tarafından da gönüllü olarak benimsenmiştir. Özellikle, yasal hizmetler alanında 1990 tarihli Mahkemeler ve Yasal Hizmetler Kanunu (Courts and Legal Services Act) iki yeni ombudsmanın kurulmasını öngörmüştür. Bunlar Yasal Hizmetler Ombudsmanı¹¹⁰ (Legal Services Ombudsman) (21. maddeyle kurulmuştur) ve Taşınmaz Mülkiyetinin Temlikinde Görevli Ombudsmandır (Conveyancing Ombudsman) (43. maddeyle kurulmuştur).

Yasal Hizmetler Ombudsmanı, bir kuruluşta istihdam görev yapan bir hukukçuyla ilgili şikayeti inceler. Mahkemeler ve Yasal Hizmetler Kanunu'nda, ombudsmanın yaptığı araştırma sonunda hazırladığı raporda, üçüncü kişiler arasında (inter alia), şikayetçiye bir tazminat ödenmesini tavsiye edebileceği öngörülmüştür. Ombudsmanın tavsiyelerine uyulmaması halinde ombudsmanın bu durumu ve idarenin tavrını ilan etmesi mümkündür.¹¹¹ İngiltere'de 27 Temmuz 1999'da kabul edilen Adalete Ulaşma Kanunu'nun (Access to Justice Act) 49. ve 50. maddelerinde Yasal Hizmetler Ombudsmanı yeniden düzenlenmiştir. Ombudsmanın yetkilerini düzenleyen 49. madde, ombudsmanın yetkilerini genişletmiştir. Ombudsman artık, mesleki bir kuruluşun veya bireysel bir hukukçunun şikayetçiye tazminat ödemesine yönelik olarak bağlayıcı bir karar verebilecektir. Adalete Ulaşma Kanunu kabul edilmeden önce ombudsman sadece tavsiye niteliğinde karar verebilirken, bu kanunla ombudsmana bağlayıcı bir karar verme yetkisi tanınmıştır. Böyle bir karar verilmeden önce, ilgili kuruluş veya bireysel olarak hukukçunun kendisi, iddia ve savunmalarını bildirmek amacıyla bizzat veya vekil aracılığıyla ombudsmanın huzurunda bulunma hakkını haizdir.

Mesleki kuruluşlar tarafından ombudsmanın masraflarının karşılanmasını düzenleyen 50. madde ise Adalet Bakanı'na, Yasal Hizmetler Ombudsmanı Bürosu'nun masraflarına uygun bir katkıda bulunması için mesleki bir kuruluşa talimat verme yetkisini tanımıştır. Adalete Ulaşma Kanunu kabul

¹⁰⁸ Brown - Marriott, s. 381.

¹⁰⁹ Acunto, Stephen H., Ombudsmanship (*Forum*, 1999/201, s. 28).

¹¹⁰ Hukuk Hizmetleri Ombudsmanı hakkında geniş bilgi için bkz., James, Rhonda - Senviratne, Mary, The Legal Services Ombudsman: From versus Function?, (*Modern Law Review*, 1995/March, Vol. 58, s. 187-207).

¹¹¹ Brown - Marriott, s. 381.

edilmeden önce bu masraflar hazinece karşılanmaktaydı. Ancak günümüz uygulamasında ombudsman programlarının masraflarının, doğrudan o ombudsmanın ilgili olduğu mesleğin mensupları tarafından karşılandığı dikkate alınarak bu şekilde bir düzenleme yapılmıştır. Bununla beraber hükümet, Adalet Ulaşma Kanunu'nun 51. maddesinde düzenlenmiş Yasal Hizmetler Şikayetleri Komiseri (Legal Services Complaints Commissioner) atanana kadar bu yetkisini kullanmamıştır.¹¹²

Özellikle bankalarla müşterileri arasındaki uyuşmazlıklarda ombudsmandan yararlanılmaktadır. Bu uyuşmazlıklarda ihtilaf konusu olan miktarın nispeten küçük olması ve uzmanlar eliyle verilecek kararın, uyuşmazlığın adil bir şekilde çözülmesine yardım etmesi nedeniyle ombudsman kullanılmaktadır. Finans hizmetleri alanında ADR'nin kullanımı giderek artmaktadır. Bankacılık Ombudsmanı, Yatırım Ombudsmanı, Sigorta Ombudsmanı ve İnşaat Ombudsmanı bu ombudsmanlara örnek olarak gösterilebilir. Bu ombudsmanlar 100.000 Pound'un altındaki uyuşmazlıklara bakmakta, bu da tüketicilerin taleplerinin çoğunu kapsamaktadır. Ombudsmanı kullanmanın masrafsız olması ve ombudsmanın bağımsızlığı nedeniyle tüketicilere güven vermesi, tüketiciler açısından önemli bir avantajdır.

Birleşik Krallık'ta Bankacılık Ombudsmanı'nın işlevi, ombudsmana üye olan bankalar hakkında mevduat sahiplerinin bankacılık hizmetlerinin uygulanmasından kaynaklanan şikayetlerini almak ve bu şikayetlerin anlaşma yoluyla veya tavsiyede bulunmak yada bir karar vermek suretiyle çözülmesini kolaylaştırmaktır. Ombudsman tavsiyede bulunurken veya karar verirken adaletli olmak ve dürüst bankacılık uygulamasının genel ilkelerini dikkate almak zorundadır.¹¹³

Ombudsmanın özel sektörde ilgi gördüğü ülkelerden bir diğeri de Almanya'dır. Almanya'da bankalar ADR'nin faydalarını kabul etmekte ve müşterileriyle olan ihtilaflarını ombudsman aracılığıyla çözmektedirler. Ombudsmanın amacı uyuşmazlıkları çabuk, daha az bürokratik bir süreçte ve dava yoluna oranla daha ucuza çözebilmektir. Üstelik ombudsman, bankalarla müşterileri arasındaki ilişkilerin mahremiyetini de korumaktadır. Bunun yanında, bankaların taraf olduğu uyuşmazlıklar genellikle bankacılık işlemlerinden kaynaklanmakta ve mahkeme kararları da çoğunlukla bankaların aleyhine sonuçlanmaktadır.

Bu nedenlerle, Alman Bankacılık Birliği (Bundesverband Deutscher Banken) bir bankacılık ombudsmanı kurmaya karar vermiş ve bu ombuds-

¹¹² Stationery Office Limited: *Access to Justice Act, Explanatory Notes*, London 1999, s. 41.

¹¹³ Cranston, Ross, *European Banking Law: The Banker-Customer Relationship*, London 1999, s. 24.

manı, bankalarla bireysel müşteriler ve şirketler arasındaki ihtilafları çözmekle görevlendirmiştir. 1 Haziran 1992'de çalışmaya başlayan bankacılık ombudsmanı, belli bir miktarın altındaki uyuşmazlıklarda uyuşmazlığın tarafı olan banka için bağlayıcı; fakat, şikayetçi için uyulması ihtiyari olan bir karar vermekte ve şikayetçi isterse şikayetini mahkemeye taşıyabilmektedir.¹¹⁴

Ombudsman sistemi yanında ve onunla ilişkili olarak ortaya çıkan diğer bir sistem şikayet inceleme sistemidir. Birleşik Krallık'ta ticaret sicilinden, polis teşkilatından, radyo ve televizyon yayınlarından kaynaklanan şikayetleri incelemek üzere bu tür merciler kurulmuştur.

Ombudsman olarak çalışan bir kişinin temel işlevleri, gizliliğe sadık kalmak şartıyla tarafları dinlemek, kişilerin içinde buldukları zor durumu kendi çabalarıyla nasıl giderebileceklerine ilişkin onlara tavsiyelerde bulunmak, işçi ve işverenler arasında iletişim kurmak, yüz yüze arabuluculuk müzakerelerini yönetmek veya gerektiğinde arabuluculuğu mekik diplomasisi¹¹⁵ şeklinde yürütmek, taraflar için gayri resmi vakıa tespiti yaparak uyuşmazlık konusuyla ilgili bilgi toplamak ve resmi tahkikat yaparak yönetime rapor vermektir.¹¹⁶ Birleşik Devletler'deki kurumların yüzde doksanı, tarafsız bir arabulucu olarak görüldükleri için kendi personellerinden birisini ombudsman olarak seçmektedirler. Bu kişiler, uyuşmazlığa taraf olan kurumun bir çalışanı olarak nasıl tarafsız kaldıklarını izah ederken, kendilerinin işinin diğer çalışanları adil muamele edecekleri konusunda inandırmak ve uyuşmazlığı tarafsız olarak çözmek suretiyle işverenlerine olan sadakatlerini göstermek olduğunu belirtmektedirler. Bir şirketin bünyesinde çalışan ombudsman, çalışanlara tarafsız bir izlenim vermek yanında, çalışanlarla olan bütün görüşmelerini gizli tutmalı ve şikayetçi işçilerin şikayetleri yüzünden haksız bir muameleye maruz kalmasını önlemelidir.¹¹⁷

C. Ombudsmanın İşlevindeki Gelişmeler

Bir ombudsmanın medeni yargı sisteminde de çeşitli alanlarda faaliyet göstermesi mümkündür. Örneğin İngiltere'de, bir hukuki giderler om-

¹¹⁴ Labes, s. 200.

¹¹⁵ Mekik Diplomasisi (shuttle diplomacy), arabuluculuk süreci esnasında yapılan özel oturumların (caucuses) ikinci aşaması olup, arabulucunun taraflar arasında gidip gelerek taraflarla ayrı ayrı görüşmek suretiyle, onlar arasında mesaj ve bilgi taşınmasını, mevcut çözüm önerilerini olgunlaştırmasını ve tarafları giderek çözüme yaklaştırmasını ifade eder (Bühning - Uhle, s. 285; Brown - Marriott, s. 175).

¹¹⁶ Slaikev - Hasson, s. 136.

¹¹⁷ Singer, s. 103.

budsmannın, aşırı olarak dava konusu olan olaylarda kısa sürede çözüme ulaşılmasını sağlayabileceği ileri sürülmektedir. Hatta ombudsmanın hem geleneksel hem de alternatif uyuşmazlık çözümünün uygulaması üzerinde, herhangi bir hukuka aykırılık yapılmaması veya kişilerin haklarının ihlal edilmemesi için denetleyici olarak çalışması gerektiği dahi savunulmaktadır. Buna karşılık, gerek hükümet gerek hukukçular bir ombudsmanın, mahkemenin çalışmaları hakkında yorum yapabilecek niteliğe sahip olup olamayacağı konusunda kuşku duyduklarını açıklamaktadırlar.

Ombudsmanın işlevleri özel sektör içinde de giderek genişlemektedir. Örneğin ticari işletmeler, tüketici şikayetlerini incelemek için ombudsman atamakta veya belirli sanayi kolları, yapılan şikayetlerin niteliği hakkında araştırma yapmak üzere ombudsman kurmaktadır. Şirketlerin kendi bünyelerinde çalışan işçileriyle veya müşterileriyle olan ihtilaflarını çözmek amacıyla kurulan ombudsmanlar, dahili bir organ olarak çalışmakta ve şirketin faaliyetlerini bağımsız olarak incelemek amacıyla idari bir birim atanmaktadır. Örneğin bir işçi işinden çıkarılırsa, ombudsman bu durumda kanuna uygun hareket edilip edilmediğine ve işten çıkarmanın haklı olup olmadığına karar verme yetkisine sahip bulunmaktadır. Bir müşteri, haksız bir muameleyle karşılaştığını iddia ederse, ombudsman müşterinin şikayetini inceleyerek bir çözüm bulmaya yetkilidir. Bazen ombudsman personel temsilcisi, müşteri temsilcisi veya merkezi hizmet yöneticisi olarak adlandırılmaktadır. Ombudsmanın sıfatı ne olursa olsun, amaç müşterileri, şirketin hukuka uygun davrandığı konusunda ikna etmek ve işletmeyi, çalışmaların niteliği ve kalitesini koruduğu konusunda tatmin etmektir. Ombudsmanın atanması, ihtilaflı tarafların diğer uyuşmazlık çözüm usullerine başvurmasını engellemez, diğer yolların önünü kapatmaz; sadece, onları tamamlar ve daha resmi uyuşmazlık çözüm usullerine olan talebi azaltır. Ombudsmanın içinde çalıştığı kuruluş veya şirket tarafından atanmakta olması, yetkisini bizzat yönetim kurulundan alması hiç şüphe yok ki ombudsmanın yetkileri üzerinde bazı sınırlamalara yol açacak ve onun tarafsızlığı ile uyuşmazlık çözümündeki etkisi hakkında kuşku duyulmasına neden olacaktır. Bununla beraber, bir ombudsmanın gayretli, güvenilir ve kendinden emin bir şekilde çalışması durumunda, büyük bir olasılıkla adaletin gerçekleşeceğine inanılmaktadır.¹¹⁸

İngiltere’de ombudsmanın görevleri ve işlevleri gelişmeye devam etmektedir. Sigorta, emekli ve malullük maaşı ve kişisel yatırım programları dahil olmak üzere beş mali ombudsman programını kapsayan yeni bir Mali Hizmetler Ombudsmanı (Financial Services Ombudman) kurulmuştur.

¹¹⁸ Coulson, Robert, Introduction (Donovan Leisure, Newton & Irvine, *ADR Practice Book*, New York, 1990, s. 3-10), s. 6.

Bağımsız Konut Ombudsmanı (Independent Housing Ombudsman), konutlarla ilgili ihtilaflarda İngiltere Etkili Uyuşmazlık Çözüm Merkezinden (The Centre For Effective Dispute Resolution,¹¹⁹ CEDR) bir arabuluculuk panelini kullanmayı kabul etmiştir. Ombudsman uygulamasıyla ilgili olarak, İngiliz ve İrlanda Ombudsman Birliği tarafından yeni bir uygulama kanunu hazırlanması düşünülmektedir.¹²⁰

Teknolojik gelişmeler ilerledikçe “*Online Ombuds Büroları*”nın kurulması kaçınılmaz olacaktır. Massachusetts Üniversitesi’nin Yasal Çalışmalar Bölümü’nde, internetten kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için bu konuda bir pilot proje kurulmuştur. Online Ombuds Bürosu’nun, ombuds modelini, halihazırda mevcut olduğu eğitim, ticaret ve hükümet kuruluşlarından çıkarıp elektronik ortama taşımayı amaçladığı belirtilmektedir. Bu projenin çalışmalarında, ombudsmanın faaliyette bulunacağı ortam hakkında yeni fikirler üretilmekte, bir web sitesinin kurulması,¹²¹ online uyuşmazlıklar, davalar ve belgeler için bir veri tabanının oluşturulması, tarafsız kişilerin işlevleri, gizliliğin sağlanması konusundaki güçlükler ve benzeri yeni teknolojik araçlar üzerinde düşünülmektedir. Bu pilot proje elektronik ortam ve elektronik ticaret dünyasında kullanılmaya başlanan uyuşmazlık çözüm usullerinin gelişmesi içinde bir adım olarak görülme-
lidir.¹²²

D. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Ombudsman Kurumu Hakkındaki R (85) 13 Sayılı Tavsiye Kararı

Avrupa Konseyi’nin, maddi hakları ve usuli ilkeleri ihlal eden idari işlemlere karşı etkili bir çare olarak gördüğü kontrol yöntemleri yargısal inceleme, idari mercilerce gerçekleştirilen dahili inceleme (idari inceleme) ve ombudsman tipi harici incelemedir.¹²³ Bu yöntemlerden ombudsmana ayrı bir önem veren Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 23 Eylül 1985’te, Bakan vekillerinin 388. toplantısında, ombudsman^{124,125} kurumu hakkındaki R (85) 13 sayılı tavsiye kararını kabul etmiştir. Bu tavsiye kararı şu şekildedir:¹²⁶

¹¹⁹ İngiltere Etkili Uyuşmazlık Çözüm Merkezi hakkında bilgi için bkz., <http://www.cedr.co.uk/>

¹²⁰ Brown - Marriott, s. 382.

¹²¹ Bilgi Teknolojisi ve Uyuşmazlık Çözüm Merkezi (Center for Information Technology and Dispute Resolution) adıyla 1997 yılının Eylül ayında kurulan bu web-sitesi için bkz., <http://www.ombuds.org/center/index.html>

¹²² Brown - Marriott, s. 383.

¹²³ *Council of Europe: The Administration and you, Principles of administrative law concerning the relations between administrative authorities and private persons, A handbook, Germany 1996, s. 37-43.*

¹²⁴ Bu tavsiye kararında ombudsman terimi, ombudsman olarak görev yapan kişileri, parlamento komiserlerini, arabulucuları ve benzer işlevler üstlenen kişileri kast etmektedir.

“Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Yasasının 15.b. maddesi uyarınca,

Avrupa Konseyinin amacının, üyeleri arasında, özellikle insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve daha çok uygulanması yoluyla daha iyi bir bütünlük ortaya çıkarmak olduğunu dikkate alarak;

Nisan 1974’te yapılan, Avrupa Konseyi üyesi olan ülkelerdeki ombudsmanlar ve parlamento komiserleriyle, Parlamenterler Meclisi’nin Hukuk İşleri Komitesi’nin toplantısının sonuçları hakkındaki 757 (1975) sayılı Meclis Tavsiyesini hatırlayarak;

İnsan Hakları’nın daha çok uygulanmasında Avrupa Konseyi’nin rolü hakkındaki Avrupa İnsan Hakları Bakanlar Konferansı’nın 2 no’lu Kararını dikkate alarak;

Avrupa Konseyi’ne üye olan ülkelerde, ombudsman kurumunun son yıllarda ulusal, bölgesel ve yerel düzeydeki dikkate değer gelişimini olumlu karşılayarak;

Modern yönetimin karmaşıklığını dikkate alarak, olağan yargısal kontrol usullerinin tamamlanmasının arzu edildiğini düşünerek;

Bireylerin, idari mercilerin işlemlerine karşı korunmasını artırmak düşünce- siyle, idari mercilerin işlemlerinin hatalı veya kusurlu olduklarından bahisle ileri sürülen şikayetleri göz önüne alarak, ombudsmanın üçüncü kişiler arasında (inter alia) görev yapmasının işlemlerini hatırlayarak;

Her ülkedeki özel durumu dikkate alarak, ombudsman kurumunun bu işlev- leriyle, parlamento kontrolünün gücünü artırabileceğini düşünerek;

Bundan başka, ombudsman fikrinin, idarenin işleyişini ve kamu çalışanla- rının yönetimini düzenleyen ilkelerin ve kuralların gelişmesinde temel bir etken oluşturabileceğini dikkate alarak;

Üye ülkelerin hükümetlerine (şunları) tavsiye eder:

a. Ulusal, bölgesel veya yerel düzeyde yada kamu yönetiminin belirli alanla- rında bir ombudsman atanması ihtimalini göz önüne almayı;

b. Ombudsmanın insan haklarıyla ilgili konuların araştırılmasında ve ulusal mevzuatla çatışmaması şartıyla, insan haklarının konu olması halinde tahkikat başlatmaya ve görüş bildirmeye yetkilendirilmesini;

c. İdarenin işleyişinde insan haklarının ve temel özgürlüklerin etkili bir şe- kilde gözlemlenmesini teşvik etmek için ombudsmanın yetkilerinin artırılmasını ve güçlendirilmesini dikkate almayı.”

¹²⁵ Bu tavsiye kararı kabul edildiğinde, Federal Alman Cumhuriyeti’nin Temsilcisi, Bakan Vekilleri Toplantıları Usul Kuralları’nın 10. 2c maddesine göre, hükümetinin tavsiye kararına uyup uymaması konusunda çekince koymuştur.

¹²⁶ Recommendation No. R (85) 13 on the institution of the ombudsman (Council of Europe-The Administration and you s. 416-417).

ABSTRACT***Non-Judicial Procedures For Settling Administrative Disputes***

Over the past several decades, the serious crisis of justice systems have been the subject of academic studies and analyses by academicians and lawyers in this field. If there was a dispute, does that mean there will be a lawsuit? It is misleading to think that lawsuits are the way most legal disputes are resolved. In the United States, about 90 percent of all cases are resolved by non-judicial procedures before trial. The crisis of justice is primarily a matter of effectiveness. Civil litigation is excessively expensive, protracted and adversarial. However, if both parties are interested in doing so, disputes can be resolved quickly by means of negotiation. Thus, different procedures that can be used to resolve disputes outside of court have emerged. These procedures that serve as alternatives to litigation are called Alternative Dispute Resolution.

ADR is particularly appropriate to use of settling administrative disputes. In recognition of this reality, many federal administrative agencies of the United States discovered the benefits of ADR and implemented various ADR programs for citizens nationwide. Subsequently, the Congress passed the Administrative Dispute Resolution Act in 1990. This Act authorities the use of ADR techniques by executive agencies. Because of some problems arising the Act, in 1996, congress amended the Act to increase the effectiveness of ADR in the government.

Also, Council of Europe has been interested for some years in the introduction of ADR procedures with the effects of these developments. As part of this effort, the Council of Europe's Project Group on Administrative Law and the Portuguese Ministry of Justice jointly organized a multilateral Conference on Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties: Conciliation, Mediation and Arbitration, held in Lisbon from 31 May to 2 June 1999. Following the Lisbon conference the Project Group on Administrative Law embarked on a study aimed at defining common principles that could guide member states in their efforts to introduce of alternative methods for resolving disputes between administrative authorities and private parties. The draft recommendation for the Committee of Ministers was prepared by the Project Group on Administrative Law and was approved by the Committee of Ministers on 5 September 2001. The recommendation, after drawing attention to the overburdening of tribunals resulting in interference with the right of litigants to a hearing within a reasonable time, calls for remedies to this interference and stresses that alternative methods of resolving disputes can provide a worthwhile avenue in this respect, with the further advantage of bringing the administration closer to the public by avoiding antagonism between the parties.

BİLİRKİŞİNİN SORUMLULUĞU

Prof. Dr. Süha TANRIVER*

GİRİŞ

Yargılama sistemi içerisinde üstlenmiş olduğu işlevin ciddiyetine ve ağırlığına rağmen, bilirkişilik kurumu, uygulamada sıkça amacı aşan biçimde kullanılmakta; bu durum da sürekli yakınmalara sebebiyet vermektedir. Öte yandan, bilirkişilerin, görevlerini her zaman büyük bir titizlikle ve özen içerisinde yerine getirdikleri de söylenemez. Bu bağlamda da, zaman zaman deyiş yerinde ise, bir başıboşluğun egemen olduğu görülmektedir.

Bilirkişiliğin kötüye kullanımı ile yozlaştırılmasının önüne geçilebilmesi için, her şeyden önce, onun çeşitli veçheleri itibariyle sorumluluğunun açık ve kesin bir biçimde ortaya konulması şarttır; bu yapılamadığı sürece, bilirkişilik kurumuna, deyiş yerinde ise bir “*çeki düzen*” verilebilmesi de, mümkün değildir.

A. Bilirkişinin Hukuki Sorumluluğu

I. Mukayeseli Hukukta Durum

1. Alman Hukukunda

Alman Medeni Kanunu'nun 839a paragrafında, bilirkişilerin hukuki sorumluluğunu öngören özel bir yasal düzenleme bulunmaktadır. Sözü edilen yasal düzenlemenin getirilmesinden önce, Alman hukukunda bilirkişinin hukuki sorumluluğu konusunda, çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

Bu konuda ileri sürülen ve doktrinde de egemen olan görüşe göre,¹ bilirkişi ile kendisini görevlendiren hakim arasında kamu hukuku karakterli bir bağ mevcut olsa da, bilirkişinin faaliyetinin kararın alınması sürecinden önceki bir döneme ilişkin bulunması hasebiyle, onun yargısal bir göreve katıldığından yani kamu görevi yaptığından söz edilemez; faaliyetinin ürünü olarak ortaya çıkan oy ya da görüş, tıpkı tanık beyanı gibi sadece bir ispat aracı işlevini yerine getirir. Öte yandan, sadece bilirkişi, devlete karşı bir yükümlülük altına girmiştir; devlet ise, ona karşı herhangi bir yükümlülük üstlenmemiştir, dolayısıyla bu bağlamda da yaklaşıldığında, onun bir kamu görevi yaptığı ve işlevinin bu boyutu itibarıyla de hakime benzediği, hakimın yardımcısı olduğu iddia edilemez. İşaret edilen bu tespit çerçevesinde, bilirkişinin hukuki sorumluluğunun tayininde, memur ve diğer kamu görevlilerinin üçüncü kişilere verdikleri zararlardan dolayı devletin mali sorumluluğunu öngören Alman Medeni Kanunu'nun 839. paragrafının 2. fıkrasında öngörülen düzenlemenin baz alınmasından söz edilemez.² Yine, bilirkişi ile taraflar arasında akdi nitelikli herhangi bir bağ da yoktur; dolayısıyla tarafların kötü ifa hükümleri çerçevesinde bilirkişiden herhangi bir talepte bulunmaları da mümkün değildir; yani bilirkişinin hukuki sorumluluğunun belirlenmesinde akdin müspet ihlali kurumuna da dayanılmaz.³ İşaret edilen bu tespitler karşısında, bilirkişinin gerek raporunun hazırlanması evresinde icra ettiği fiiller gerekse kusurlu iradesinin ürünü olan gerçeğe aykırı raporu ile dava ilgililerine verdiği zararlardan ötürü hukuken sorumlu tutulmasında, Medeni Kanun'un 823. paragrafında yer alan ve haksız fiil sorumluluğunu öngören kuralın esas alınması gerekir.⁴

Bilirkişi, gerek rapora hazırlık evresinde yapmış olduğu faaliyetler, gerçekleştirmiş olduğu incelemeler sebebiyle gerekse kastının veya ihma-

¹ Klein, M., *Die Rechtstellung und der Haftung des im Zivilprozesses bestellten Sachverstaendigen*, Diss., Wiesbaden 1994, s. 50; Damrau, J., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Zweiter Band, Teilband 2*, Tübingen 1989, s. 12; Damm, R., *Die zivilrechtliche Haftung des gerichtlichen Sachverstaendigen* (JuS., 1976/6, s. 359-363), s. 362; Arndt, H., *Die Haftung des gerichtlichen Sachverstaendigen* (DRiZ., 1973/8, s. 272-273) s. 272.

² Damrau, s. 213; Damm, s. 362; Arndt, s. 272; Leipold, s. 12; Jauernig, O., *Zivilprozessrecht 24. völlig neubearbeitete Auflage*, München 1993, s. 202; Zöller, R./Greger, R., *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit internationalem Zivilprozessrecht, Kostenanmerkungen, 18. neubearbeitete Auflage*, Köln 1993, s. 1013.

³ Damrau, s. 213; Arndt, s. 272; Damm, s. 360; Zöller/Greger, 1013.

⁴ Damrau, s. 213; Arndt, s. 272; Friederichs, H., *Zur Haftung des gerichtlichen Sachverstaendigen* (DRiZ., 1973/4, s.113-114), s.113; Damm, s. 363; Jauernig, s. 202; Hopt, K., *Schadenersatz aus unberechtigter Verfahrensleitung*, München 1986, s. 290; Schilken, E., *Zivilprozessrecht, 2. überarbeitete und ergaenzte Auflage*, Köln, Berlin, Bonn, München 1995, s. 305; Zöller/Greger, s. 1013-1014.

linin (özellikle, ağır ihmalinin) yani kusurlu iradesinin ürünü olan gerçeğe aykırı raporuyla, ilgililerin yaşama hakkı, vücut bütünlüğü, mülkiyet hakkı gibi mutlak haklarına zarar vermiş veya hapis cezasına mahkûm edilmesi suretiyle özgürlüğünün sınırlandırılmasına neden olmuşsa, onlara karşı, Medeni Kanun'un 823. paragrafının birinci fıkrasına göre hukuken sorumlu olur; sözü edilen düzenlemenin son derece açık metni uyarınca, o, bu bağlamda kastının yanı sıra ihmalinin de her derecesinden mesul durumdadır.⁵ Bilirkişinin eylemi, Ceza Kanunu'nun 153, 156 ve 163. maddelerinde öngörülmüş olan suçlara vücut verir bir nitelik taşıyorsa, sözü edilen normlar, koruma normu (Schutzgesetz) konumunda bulunduğu için, gerçeğe aykırı rapor sebebiyle zarara uğrayan ilgililer, Medeni Kanun'un 823. paragrafının 2. fıkrası uyarınca, bilirkişiden tazminat talep edebilirler.⁶

Yine, bu bilirkişinin eylemi, Ceza Kanunu'nun öngördüğü anlamda suç olmasa bile, Medeni Usul Kanunu'nun 410. paragrafında yer alan ve bilirkişinin tarafsız ve objektif bir biçimde rapor hazırlamakla görevli olduğunu (yani, doğruyu beyan görevi) öngören norm, usulün amacına yani gerçeğe ulaşmaya aracılık eden bir norm konumunda bulunduğu için, başlı başına (müstakil) bir koruma normu sayılır. Dolayısıyla, bunun kusurlu olarak ihlali de, ilgililerin, Medeni Kanun'un 823. paragrafının ikinci fıkrasına dayanarak, bilirkişinin hukuki sorumluluğunu işletmesine olanak verir.⁷ Bunların dışında, bilirkişi, mahkemeye ibraz ettiği apaçık (bariz) bir iffetsizlik ürünü olan gerçeğe aykırı raporu ile taraflardan birinin aleyhine (zararına) fiili-maddi durumla örtüşmeyen (doğruluktan uzak) kesinleşmiş bir hükmün alınmasına sebebiyet vermişse, uğranılan zararın tazmini için, bu kez Medeni Kanun'un 826. paragrafına (bizdeki, BK. m. 41, II'ye) dayanılmak suretiyle ona yönelinebilir.⁸

Bir başka görüşe göre ise, bilirkişi ile kendisini görevlendiren mahkeme arasında özel bir hukuki bağ mevcuttur; onun hukuki sorumluluğu da bu özel hukuki bağdan kaynaklanan akit benzeri bir sorumluluk olarak nitelendirmek gerekir.⁹

⁵ Damm, s. 363.

⁶ Damrau, s. 213.

⁷ Hopt, s. 289-290; Blomeyer, J., *Zur zivilrechtlichen Haftung des gerichtlichen Sachverständigen* (ZRP., 1974/5, s.214-221), s. 217; Jessnitzer, K., *Die zivilrechtliche Haftung für Pflichtverletzungen von gerichtlichen Sachverständigen* (JVBL., 1972/8, s.177-180) s. 177.

⁸ Jessnitzer, s. 177; Damrau, s. 213.

⁹ Eickmeier, J., *Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen für Vermögensschaden*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1992, s. 161 vd.

Doktrindeki diğer görüşe göre ise,¹⁰ bilirkişilik görevi bir kamu görevidir; bilirkişinin zarar verici eylemi ile yargı işlevi (kamu hizmeti) arasında çok yakın bir ilişki mevcuttur. Bilirkişi, sahip olduğu özel ve teknik bilgileri maddi vakıalara uygulayıp sonuç çıkarma ya da bu bilgilere dayalı olarak vakıa tespiti yapma işlevini yerine getirmek suretiyle karar almaya yönelik prosedürde etkin rol oynamakta, hakime ait işlerin bir kısmını ifa etmekte, bu boyutu itibarıyla kamu görevi icra eden hakim benzer bir hukuki konumda bulunmaktadır. Ayrıca, bilirkişi, sadece devlete karşı değil; devlet de bilirkişiye karşı bir yükümlülük üstlenmiş durumdadır. İşaret edilen bu gerekçeler karşısında, bilirkişinin hukuki sorumluluğunun tayininde de, memur ve diğer kamu görevlilerinin fiillerinden kaynaklanan zararlardan dolayı Devletin mali sorumluluğunu öngören hukuki düzenlemeye işlerlik kazandırılmalıdır (§ 839, II).

Alman Temyiz Mahkemesi ise, bilirkişinin, devlet kudretini kullanarak kamu görevini icra eden bir kişi konumunda bulunmaması nedeniyle, hukuki sorumluluğunun tayininde, devletin kamu görevlilerinin fiillerinden kaynaklanan zararlardan dolayı mali sorumluluğunu öngören hükümlerin (Alman Anayasası § 34; Alman Medeni Kanunu § 839, II) uygulama alanı bulamayacağı;¹¹ hatalı bilirkişi raporlarından dolayı bilirkişinin hukuki sorumluluğunun belirlenmesinde haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kuralın (§ 823, I) esas alınması gerektiği, yeminsiz verilen hatalı bilirkişi raporları dolayısıyla ilgililerin mutlak hakkı ihlal edilmiş olsa bile, sözü edilen rapor eğer bir ihmalin ürünü ise, bilirkişinin hukuki sorumluluğu yoluna gidilemeyeceği ve yine yeminsiz bilirkişiler bakımından tazminat talebi bağlamında, bir koruma normu olarak Alman Medeni Usul Kanunu'nun 410. paragrafında yer alan ve doğruyu beyan (gerçeği söyleme) ödevini öngören normun, yalnızca bilirkişilere yemin verdirilmesi koşuluyla işlerlik kazanabilecek bir norm olması hasebiyle, Alman Medeni Kanunu'nun 823. paragrafının ikinci fıkrasına da dayanılmayacağı görüşündedir.¹² Bu durumda, Alman Temyiz Mahkemesi uygulaması açısından, hatalı bilirkişi raporlarından kaynaklanan zarar-

¹⁰ Bartling, H., *Die Haftung für fehlerhafte Gutachten der beauftragten Sachverständigen im Spannungsfeld von Deliktsrecht und Staatshaftungsrecht, Diss.*, Göttingen 1982, s. 185; Jessnitzer de, bilirkişinin raporunun hazırlanmasına yönelik incelemeleri sırasında birisine zarar vermesi halinde, bu eylemin, bilirkişinin mahkemenin yardımcısı sıfatıyla bizatihi keşif icrası suretiyle vakıaları açıklığa kavuşturmakla yetkilendirilmesiyle (§ 404, IV) ilişkili bulunması kaydıyla, kamu görevinin yerine getirilmesine yönelik bir eylem olarak algılanacağını ve hukuki sorumluluk bağlamında da Medeni Kanun'un 839. paragrafının ikinci fıkrasında öngörülen kuralın uygulanması gerekeceğini savunmaktadır (s. 179).

¹¹ BGHZ, 59, s. 3 (NJW, 1973, s. 554).

¹² BGHZ, 62, s. 54 (NJW, 1974, s. 312); BGHZ, s. 313.

lardan dolayı, yeminli bilirkişiler hem kasıtları hem de ihmallerinden (özellikle, ağır ihmallerinden), yeminsiz bilirkişiler ise; sadece kasıtlarından dolayı sorumlu tutulabilecekler.¹³ Buna karşılık, ağır ihmallerinin varlığı halinde dahi artık sorumluluklarından söz edilemeyecektir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, anayasa şikayeti yolu ile kendisine başvurulması üzerine, Temyiz Mahkemesi'nin yeminsiz bilirkişilerin hatalı (gerçeğe aykırı) raporlarıyla ilgililere vermiş oldukları zarardan ötürü, ancak kastlarının varlığı halinde sorumlu tutulabilecekleri yönündeki çözümlenmesinin, bilirkişinin gerçeğe aykırı rapor verme eyleminin, Alman Medeni Kanunu'nun 823. paragrafının 1. fıkrasının kapsamına giren bir durumu yaratması halinde, sözü edilen düzenlemenin, son derece açık ve herhangi bir ayırım gözetmeyen kısaca "*Herkes-sorumludur*" (Jedermann-Haftung) şeklinde formüle edilen metni uyarınca, bilirkişiler bakımından da yemin verdirilmiş olup olmaması hususu gözetilmeden uygulanma kabiliyeti kazanacağını ve kişiliğin korunmasını gerekçe göstererek, sağlıklı ve doğru bir çözümlenme sayılamayacağına işaret etmiş ve yemin verdirilmemiş olsa bile, bilirkişinin hatalı raporu ile ilgililerin mutlak haklarının ihlaline sebebiyet vermesi durumunda, sözü edilen rapor, özellikle onun ağır ihmalinin ürünü ise, zararın tazmini bağlamında, Alman Medeni Kanunu'nun 823. paragrafının 1. fıkrasında öngörülen düzenlemeye işlerlik kazandırılmasının hem Anayasa'nın hem de sözü edilen yasal düzenlemenin özüne daha uygun düşen bir davranış teşkil edeceğinin altını çizme gereğini duymuştur.¹⁴

Alman kanun koyucusu, Tazminat Hukukunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesinin 5. fıkrasıyla Alman Medeni Kanunu'na 839a maddesini eklemiş ve bu suretle bilirkişinin hukuki sorumluluğu konusundaki iradesini ve tercihini açıkça ortaya koymuştur. Sözü edilen yasal düzenlemeye göre, bilirkişi, kasten veya ağır ihmali suretiyle gerçeğe aykırı rapor vermiş; bu rapor hükme dayanak yapılmış ve bundan bir zarar doğmuşsa, ortaya çıkan bu zararı tazmin etmekle ödevlidir.

¹³ Buna gerekçe olarak, hukuki güvenlik kavramının, bir mahkeme kararının, yeminsiz ve hatalı bilirkişi raporu nedeniyle değiştirilmesini engelleyeceği; aksine bir düşüncenin kabulünün, her mahkeme kararının değiştirilmesini temin için bir dizi dava açılmasına sebebiyet vereceği hususu gösterilmektedir. Yine, bu bağlamda, bilirkişilerin, hakimlerin yardımcılarının konumunda bulunmaları nedeniyle, raporlarının içeriği açısından her türlü etki ve baskılardan uzak kalmalarının, bağımsızlıklarının temini için, geniş kapsamlı bir sorumluluk yüküyle karşı karşıya bırakılmamaları gerektiği; yardımcı sıfatıyla mahkemelerde çağrılıp yeminsiz dinlenmeleri halinde de, kastları dışında, hakimler gibi her türlü sorumluluktan beri kılınmalarının zorunluluk arz ettiği kaydedilmektedir (Bkz., bu konuda bilgi için Eickmeier, s. 100 vd.).

¹⁴ BverfGE., (NJW, 1979, s. 305).

Her şeyden önce, bu yasal düzenlemeyle, doktrin ve yargı uygulamasındaki hakim eğilime uygun olarak bilirkişilerin yargısal süreç içerisinde bir kamu görevi yapmadıkları, dolayısıyla gerçeğe aykırı rapor vermiş ve bunun hükme esas alınmış olmasından kaynaklanan zararlardan ötürü, devletin mali sorumluluğunu öngören Alman Medeni Kanunu'nun 839. paragrafının 2. fıkrasında yer alan düzenlemeye dayanılmayacağı açıkça tescil edilmiştir. Yine, aynı yasal düzenleme, bilirkişi ile taraflar arasında akdi nitelikli herhangi bir bağın kurulmadığına, dolayısıyla gerçeğe aykırı rapor verilmiş ve bunun hükme esas alınmış olmasından kaynaklanan zararlardan dolayı kötü ifa hükümlerinin işletilemeyeceğine de işaret etmekte; yani akdin müspet ihlali kurumunun da, bilirkişinin hukuki sorumluluğunun tayininde esas alınmayacağı konusundaki iradeyi açıkça ortaya koymaktadır. Görüldüğü üzere, Alman Medeni Kanunu'nun 839a paragrafında yer alan ve bilirkişilerin hukuki sorumluluğuna ilişkin açık bir düzenleme içeren kural, niteliği itibarıyla bir kusur sorumluluğu öngörmektedir; yani sorumluluğun kurucu unsuru kusurdur. Ancak, anılan yasa kuralı, bilirkişinin gerçeğe aykırı raporu vermiş bulunmasından kaynaklanan zarardan doğan sorumluluğu bağlamında, kusurun kapsamını, kast ve ağır ihmal halleri ile sınırlamış, hafif ihmali ise; tümüyle gözardı etmiştir. Öte yandan, bilirkişinin hukuki sorumluluğunun doğabilmesi için, onun kasten ya da ağır ihmal suretiyle gerçeğe aykırı rapor vermiş olması tek başına yetmez, verilmiş bu rapor hükme dayanak yapılmış bulunma ve bundan da bir zarar doğmuş olmalıdır. Bu durumda, Alman Medeni Kanunu'nun 839. paragrafının 1. fıkrası çerçevesinde, bilirkişinin hukukten sorumlu tutulabilmesi için varlığı gereken şartlar şunlardır:¹⁵

1. Bilirkişi, mahkeme tarafından görevlendirilmiş olmalıdır.

2. Bilirkişi, kasten yahut ağır ihmal suretiyle gerçeğe aykırı bir rapor vermiş bulunmalıdır.

3. Bu rapor hükme dayanak yapılmış ve bundan bir zarar doğmuş bulunmalı, yani gerçeğe aykırı rapor verilmesi ile meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağı olmalıdır.

Zarar gören ilgili, zararın tazminini talep edebilmek için, bu şartların tamamının gerçekleştiğini ispat etmek zorundadır.¹⁶

Ayrıca sözü edilen yasal düzenleme, ikinci fıkrasında, zarara maruz kalanın, kasten ya da ağır ihmal suretiyle, zararın doğumunu engelleyebilecek, onu bertaraf edecek hukuki olanakları kullanmaktan (bunları tüket-

¹⁵ Rosenberg, L./Schwab, K. H./Gottwald, P., *Zivilprozessrecht*, 16. neubearbeitete Auflage, München 2004, s. 846.

¹⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 846.

mekten) kaçınmış olmasını, tazmin yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir hal olarak nitelendirmiştir. Bunu ispat yükü ise, bilirkişiye aittir.¹⁷ Burada vurgulanması gereken bir diğer husus ise, Alman Medeni Kanunu'nun 839a paragrafında öngörülen bilirkişinin hukuki sorumluluğu ile ilgili düzenlemenin işlerlik kazanabilmesi açısından, bilirkişiye yemin verdirilmiş olup olmaması olgusunun herhangi bir önem taşımadığıdır.¹⁸

Özetle, bu çerçevede, bilirkişilerin gerçeğe aykırı rapor vermiş bulunmasından kaynaklanan zararlardan doğan hukuki sorumluluklarını öngören yasal düzenlemenin, hafif ihmalin ürünü olan zararlardan kaynaklanan sorumluluk hali hariç, Türk-İsviçre hukuk sisteminde kabul edilen haksız fiil sorumluluğu ile büyük ölçüde paralellik arz ettiği ve bu yeni yasal düzenlemenin, Alman hukukunda haksız fiil sorumluluğunun (Alman Medeni Kanunu § 823, I, II) kurucu unsurlarının, bizdekinden daha farklı bir şekilde tespit edilmiş bulunmasından ötürü varlık kazandığı söylenebilir.

Bu kapsamda, son olarak, Alman Medeni Kanunu'nun 839a paragrafının, bilirkişinin, raporun hazırlanmasından önceki evrede, rapora hazırlık bağlamında gerçekleştirmiş olduğu tasarruflarının ürünü olan zararlardan (örneğin vücut bütünlüğünün ihlalinden kaynaklanan hukuki sorumluluğu konusunda, herhangi bir düzenleme içermediğinin, bu boyutu itibariyle bir eksiklik arz ettiğinin altının çizilmesinde de büyük yarar vardır. Bu eksiklik ise, Alman Medeni Kanunu'nun haksız fiil sorumluluğu ile ilgili 823, I paragrafının bilirkişiler hakkında da uygulanması suretiyle doldurulabilir.¹⁹

2. Avusturya Hukukunda

Avusturya hukukunda, bilirkişinin hukuki sorumluluğu bağlamında, konuyla ilgili özel düzenleme öngören ve zararın tazmini ile ilgili hükümler arasında yer alan Avusturya Medeni Kanunu'nun 1299. paragrafında yer alan kural, uygulanma alanı bulur. Bu hukuk sisteminde de, bilirkişiler yargının bir organı ve dolayısıyla kamu görevlisi olarak görülmediği için, bilirkişinin kusurlu iradesinin ürünü olan gerçeğe aykırı raporun verilmiş bulunmasından kaynaklanan zararların tazmini için, devletin mali sorumluluğunu öngören yasal düzenlemenin işletilmesine olanak verilmemiştir.²⁰ İşaret edilen durumun yegane istisnasını, kanun uyarınca rapor tanzim etmekle resmen görevlendirilmiş olan kuruluşların (mercilerin) kusurları ile vermiş oldukları raporlardan kaynaklanan zararların tazmini oluşturur.

¹⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 846.

¹⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 846.

¹⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 847.

²⁰ Fasching, H.: Zivilprozessrecht, Lehr- und Handbuch, 2.Auflage, Wien 1990, s. 517.

Bilirkişinin kusurlu iradesinin ürünü olan gerçeğe aykırı rapor, hükme dayanak yapılmış; bu hüküm kesinleşmiş ve yargılamanın yenilenmesi yoluyla da artık ortadan kaldırılması olanağı kalmamışsa, sözü edilen halden ötürü zarar görmüş olan kimse, uğramış olduğu bu zararın tazmini için, bilirkişiye karşı sorumluluk davası açabilir.²¹

3. İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda da bilirkişilerin hukuki sorumluluğu konusunda, muhtelif görüşler ileri sürülmüştür:

Bir görüşe göre, bilirkişi hatalı raporu nedeniyle taraflara ve üçüncü kişilere vermiş olduğu zararlardan ötürü haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabilir.²²

Diğer bir görüşe göre ise, bilirkişinin hukuki sorumluluğunun tayininde, resmi (amtlich) işlevleri ile mesleki (gewerblich) işlevleri arasında bir ayırım yapılması gerekir.²³

Bilirkişinin resmi işlevlerinden maksat, bilirkişinin raporun hazırlanmasından önceki evrede ve rapora hazırlık bağlamında, aslında, hakim tarafından yerine getirilmesi gereken, hakimce yapılmış olan görevlendirme çerçevesinde, onun yerine kamu kudretini kullanmak suretiyle gerçekleştirmiş olduğu keşif, tarafları ve tanıkları sorgulama, malzeme ve teknik aletleri inceleme, organik ve psikolojik muayene, senet ve belgeleri tetkik etme gibi faaliyetlerdir.²⁴ Bilirkişilerin, resmi görevlerinin ifası sırasında gerçekleştirmiş oldukları bu gibi eylemleri dolayısıyla vermiş oldukları zararlardan ötürü, kamu görevini ifa eden bir görevli konumunda bulunmaları ve bizatihi mahkemenin yerine geçip onun üstlenmiş olduğu kamusal bir faaliyeti icra ediyor olmaları hasebiyle, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 61. paragrafı uyarınca devlet sorumlu tutulmalıdır.²⁵

Buna karşılık, bilirkişinin mesleki işlevlerinden ise, herhangi bir kamusal yetkinin kullanımına gerek kalmadan gerçekleştirmiş olduğu faaliyetleri

²¹ Fasching, s. 517.

²² Vogel'in görüşü naklen (Alangoya, Y., *İsviçre Hukukunda Bilirkişilik, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay'ın 125. Yıl Yayını*, Ankara 1992, s. 32-44), s. 43; Leuch/Marbach/Kellerhals da, bilirkişinin görevini gereği gibi yerine getirmemesi veya sürüncemede bırakması hallerinde, hukuki sorumluluğunun tayininde, haksız fiil hükümlerinin baz alınması gerektiği kanısındadırlar (Leuch, G./Marbach, O./Kellerhals, F., *Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Vierte Auflage*, Bern 1995, s. 574).

²³ Klopfer, R., *Die Haftung des Zeugen und des gerichtlichen Sachverständigen im Zivil- und Strafprozess von Bund und Kanton Zürich*, Zürich 1977, s. 15.

²⁴ Klopfer s. 18.

²⁵ Klopfer s. 18-19.

anlaşılmalı ve bu bağlamda sadece iletilecek olan tecrübe kurallarını veya bu kuralların yardımı ile vakıa tespitini ya da vakialardan çıkartılan sonuçları içerecek olan rapor verme de mütalaa edilmelidir.²⁶ Bilirkişilerin mesleki işlevlerinin yerine getirilmesine yönelik faaliyetlerinden yani hatalı rapor vermiş olmalarından kaynaklanan zararların tazmininde de İsviçre Borçlar Kanunu'nun haksız fiil ile ilgili hükümleri (Art. 41 vd.) esas alınmalıdır.²⁷

II. Türk Hukukunda Durum

1. Genel Olarak

Bilirkişilerin hukuki sorumluluğu hususunda, mevzuatımızda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu konuda, doktrinde, muhtelif görüşler ileri sürülmüştür:

Doktrindeki egemen görüşe göre, bilirkişilerin hukuki sorumluluğunun tayininde Borçlar Kanunu'nun haksız fiil sorumluluğu ile ilgili 41. maddesi hükmü baz alınmalıdır.²⁸ Sözü edilen görüş taraftarları, kendi içerisinde iki gruba ayrılmaktadırlar.

Bu görüş taraftarlarından bir kısmı, özellikle bilirkişinin gerçeğe aykırı (hatalı) rapor düzenleyip vermiş olmalarından kaynaklanan zararlardan ötürü haksız fiil hükümlerine göre tazminatla sorumlu tutulmalarının, gerçeğe aykırı rapor tanzimi işini kasten (bilerek) yapmış olmaları haliyle sınırlı bulunduğunu (HUMK m. 445/5); ihmal suretiyle gerçeğe aykırı (hatalı) rapor düzenlemişlerse haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutu-

²⁶ Klopfer s. 18-19.

²⁷ Klopfer s. 18.

²⁸ Kuru, B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.III, 6. bası., İstanbul 2001, s. 2797; Deryal, Y., *Türk Hukukunda Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporu Örnekleri*, İstanbul 2001, s. 70; Yılmaz E., *Uygulamada Bilirkişilik ve Bilirkişilik Raporları (Mali Hukuk, 1996/62, s. 12-31)*, s. 30; Şengün, K. O., *Bilirkişinin Sorumluluğu ve Sonuçları* (AD, 1967/7, s. 456-463) s. 458; Bakıcı, S., *Ceza Adaletinde "Bilirkişi"* (II. Bilirkişi Eğitim Semineri, TÜRMOB Yayınları, Ankara, s. 79-125) s. 116. "Davacı, dava dışı A'nın kendi aleyhine evvelce açtığı kesinleşen taşınmaza el atmanın önlenmesi davasında bilirkişilik yapan davalıların, uyuşmazlık konusu taşınmazın, o davanın davacısı olan A'nın tapusunun sınırı içerisinde kaldığını bildirdiklerini, halbuki, davalıların bu yeri iyi bilmeyip kasten gerçeğe aykırı bilirkişilik yaptıklarını böylece 3. 500 lira değerindeki taşınmazının elinden çıkmasına davalıların (bilirkişilerin) sebebiyet verdiklerini, davalıların bu kötü eylemlerinin davalılardan A'nın noter önünde verdiği ikrar senedi ve diğer davalı B'nin mahkemeye verdiği dava konusu yere ilişkin bilgisinin olmadığını belirten dilekçesiyle anlaşıldığını ileri sürerek muhakemenin iadesi yoluna gidebilmek için bu zararın davalılardan alınmasını istemiştir ... bu davadan davacının zararının varlığı ve dava edilen iki bilirkişinin durumu ve gerçeği bilmeden düşünce bildirdiklerini ikrar etmiş bulunmaları yeterli değildir. Ayrıca gerçekten önceki davada

lamayacaklarını savunmakta ve buna gerekçe olarak da, aksi bir tutumun benimsenmesi halinde, bilirkişilerin çok geniş kapsamlı bir sorumluluk yükü altında bırakılacaklarını, bunun da hakimın yardımcısı konumunda bulunmaları niteliği ile bağdaştırılmayacağını ileri sürmektedirler.²⁹

Bilirkişinin hukuki sorumluluğunun haksız fiil hükümlerine göre belirlenmesini savunan görüş taraftarlarından bir kısmı da, onların sadece kastlarının değil; bunun yanı sıra ağır ihmalleri ile gerçeğe aykırı bir biçimde vermiş oldukları raporlardan kaynaklanan zararlardan ötürü de haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulmasını, hafif ihmalin ise; bu bağlamda tümüyle göz ardı edilmesi gerektiğini³⁰ ileri sürmekte ve bu tür bir çözümlemenin, bilirkişilerin hakimın yardımcısı olmaları sebebiyle tıpkı hakimler gibi kasıt ve ağır ihmali halleri ile sınırlı olarak tazminle yükümlü bulunmalarını öngören kuralla da (HUMK m. 573) büyük ölçüde paralellik arz edeceğini, bağdaşacağını kaydetmektedirler.³¹

Bilirkişi ile kendisini görevlendiren adli makam arasında kamu karakterli bir bağ bulunduğu, onun yargılama süreci içinde üstlenmiş olduğu işlevin icrası sırasında resmi bir görevli ve hakimın yardımcısı olma niteliklerini taşıdığı hususları birlikte gözetildiğinde, hukuki sorumluluğun tayininde özel hukuk temellerine bağlı kalınması ve bu bağlamda haksız fiil sorumluluğunun esas alınması, sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi olmaz.

uyuşmazlık konusu olan yer parçasının sınırının tapusu içinde olduğu veya onun aynı hakkının üstün tutulması gerektiğini dahi ispatlaması şarttır. Bu ispatlanmadıkça ve ayrıca ispatlanmış olsa bile bu iki bilirkişi o şekilde düşünce bildirmemiş olsalardı, A aleyhine karar verilmeyeceği ispatlanmadıkça bu iki davalı bilirkişinin eylemi ile zarar arasında BK'nın 41. maddesinin uygulanmasını gerektiren neden sonuç bağının bulunduğu kabulü mümkün değildir" (4. HD., 2.3.1967, 10923/1820, ABD., 4. HD/2, s. 130-132). "Bilirkişiye karşı açılan dava BK'nın 41 ve sonraki maddeleri hükümlerine uygun bir tazminat davasıdır ve BK m. 60'daki zamanaşımına tabidir..." (4. HD., 26.1.1959 günlü karar; Kuru, s. 2799-2800).

²⁹ Kuru, s. 2797.

³⁰ Yılmaz s. 30; Deryal s. 70; Akyol Ş., *Hukuk Usulünde Bilirkişilerle İlgili Bazı Problemler (Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay'ın 125. Yıl Yayını, Ankara 1992, s. 57-76), s. 76; Pekcanitez, H./ Atalay, O./Özkes, M., Medeni Usul Hukuku, 2. B., Ankara 2002, s. 432. Yıldırım, M. K., Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu (75.Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 833-841), s. 838-839. Özellikle bilirkişi raporundaki yanlışlık, eksiklik ve gerçeğe aykırılık kendisini açıkladığı ve bu eksiklikleri ve yanlışlıkları düzeltmesi için ek rapor talep edildiği halde; bütün bunları gözardı ederek yanlışında ısrar edecek olursa ağır ihmali ve hatta kası nedeniyle hukuki sorumluluğu yoluna gidilmelidir (Yılmaz s. 30; Akyol s. 75).*

³¹ Şengül, s. 458. Olması gereken hukuk bağlamında, hakimlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin de (HUMK. m. 573 vd.), Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrası

Bu konu ile ilgili olarak ileri sürülen bir başka görüşe göre ise, bilirkişi ile kendisini görevlendiren mahkeme arasında bir vekalet sözleşmesi mevcuttur; dolayısıyla bilirkişinin hukuki sorumluluğunun tayininde vekilin sorumluluğu ile ilgili kurallar esas alınmalıdır (BK. m. 390, m. 320).³²

Kanımızca, bilirkişiyle, ne taraflar arasında ne de kendisini görevlendiren mahkeme arasında akdi bir bağ mevcuttur; hatta, bilirkişiyle sözü edilen mahkeme arasında kamu hukuku karakterli bir ilişkinin bulunduğu, tartışmasız bir biçimde genel kabul görmüştür. Dolayısıyla bu tür bir hukuki nitelendirmeden sonra, onun hukuki sorumluluğunun tayininde, akdi sorumluluk temeline dayalı bir çözümleme olan vekalet akdi hükümlerinden (BK m. 390, m. 321) hareket edilmesi de mümkün değildir.

Doktrindeki diğer görüşe göre, bilirkişilerin hukuki sorumluluklarının hangi esaslara göre tayin edileceğinin saptanmasında, ikili bir ayırım gözetilmeli; bu çerçevede, bilirkişilerin, raporun hazırlanmasından önceki evrede, rapora hazırlık bağlamında, kamu kudretini kullanmak suretiyle gerçekleştirmiş oldukları (keşif ve tetkikat sırasındaki) tasarruflarından yani idari nitelikteki faaliyetlerinden kaynaklanan zararların tazmini için, Adalet Bakanlığı'na karşı idari yargı yerinde tam yargı davası açılması yoluna gidilmeli; gerçeğe aykırı bir biçimde düzenleyip vermiş oldukları raporlardan kaynaklanan zararların tazmininin temini için ise haksız fiil hükümlerine (BK. m. 41 vd.) yönelinmelidir.³³

Bilirkişiye, resmi görevli ile hakimın yardımcısı olma niteliklerinin atfedilmesi ve onunla kendisini görevlendiren makam arasında kamu hukuku karakterli bir bağın bulunduğu kabulünden sonra, hatalı raporlarından kaynaklanan zararların tazmini bağlamında, özel hukuk temeline bağlı kalınmak suretiyle haksız fiil hükümlerine dayanarak bir çözüm üretilmeye çalışılması, sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi olmaz.

2. Görüşümüz

a. Genel Olarak

Kanımızca, bilirkişilerin hukuki sorumluluğunun hangi esaslara göre belirleneceğinin tayininde, onların sözü edilen görevinin icrası sırasında kamu kudreti (kamusal yetkilerini) kullanmak suretiyle gerçekleştirmiş

sında öngörülen kurala uygun hale getirilmesi gerektiği doktrinde savunulmaktadır (Bkz., Aydınalp, S, *Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara 1997, s. 273-274).

³² Belgesay, M. R., *Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller*, İstanbul 1940, s. 119.

³³ Tanverdi, M., *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul 1991 (Yayınlanmamış Doktora Tezi), s. 223.

bulunduğu tümüyle adli-idari nitelik taşıyan tasarruflarından kaynaklanan zararların tazmini ile gerçeğe aykırı rapor vermiş olmalarından kaynaklanan zararların tazmini arasında, ikili bir ayırım yapılması gerekir.

B. Bilirkişinin, Raporunu Hazırlamasından Önceki Evrede Rapora Hazırlık Bağlamında Gerçekleştirmiş Olduğu Tasarruflardan Kaynaklanan Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluğu

Bilirkişilerin, çoğunlukla tecrübe kuralları yardımıyla vakıa tespitini ya da tecrübe kurallarını vakıalara uygulayarak varmış olduğu sonuçları içerecek olan raporlarının hazırlanmasından önceki evrede, kamusal bir yetkiye dayalı olarak, kendilerine tevdi edilmiş olan malzemeler (sanat eserleri, teknik araçlar ve belgeler) ya da gözlem, müşahede, kan alma ve benzeri eylemleri nedeniyle inceleme adı altında bizatihi kişiler üzerinde tasarrufta bulunması mümkündür.³⁴ Bilirkişinin sözü edilen tasarrufları esnasında kendisine tevdi edilmiş olan malzemeyi (örneğin, orijinalliğini tespit bağlamında kendisine tevdi edilmiş olan tabloyu, kıymet takdiri ya da niteliğinin tayini için kendisine verilmiş bulunan vazo ya da heykelleri), bir zarara uğratması veya tıbbi inceleme evresinde kişilerin beden tamlıklarını, ruh bütünlüklerini veya sağlıklarını tehlikeye düşürmesi³⁵ her zaman olasıdır (muhtemeldir).³⁶ Sözü edilen zarar verici eylemler, kamu görevi niteliği taşıdığı tartışmasız kabul edilen adli bir görevin ifası bağlamında, adli organın istemi doğrultusunda ve onun görevlendirmesi dolayısıyla kamusal bir yetkiye dayanılmak suretiyle gerçekleştirildikleri için adli-idari eylem niteliği taşırlar ve idare, bu eylemlerden kaynaklanan zararları hizmet kusurunun varlığı nedeniyle (AY. m. 125, son f.) tazminle yükümlü tutulmalı; bu durumda Adalet Bakanlığı'na karşı idari yargı yerinde, ilgililerce tam yargı davası açılması yoluna gidilmelidir. Eğer, bilirkişi Adli Tıp Kurumu gibi resmi bir bilirkişi ise, onun memurlarının vermiş oldukları zararların tazmini açısından bu yola müracaat edilebileceğinde hiçbir kuşku duymamak gerekir.

³⁴ Tanverdi s. 218.

³⁵ Bu çerçevede örnek olarak, bilirkişinin babalık tayinine yönelik inceleme sebebiyle kan alımı evresinde göstermiş olduğu dikkatsizlik ve özensizlik sonucu, kanı alınan kişiye sarılık veya diğer bir bulaşıcı hastalığı bulaştırması gösterilebilir (Tanverdi s. 218).

³⁶ Tanverdi s. 218.

C. Bilirkişinin Gerçeğe Aykırı Rapor Vermiş Olmasından Kaynaklanan Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluğu

aa. Genel Olarak

Bilirkişilerin gerçeğe aykırı rapor vermiş olmalarından kaynaklanan zararların tazmininin hangi esaslara göre gerçekleştirileceği tayin edilirken, onların yargının işleyişinde üstlenmiş oldukları görevin niteliği ile bu görevin icrası sırasında buldukları hukuki statüyü (taşımış olduğu hukuki kimliği) dikkate alıp buna göre bir sonuca varmak, daha doğru ve daha sağlıklı bir yaklaşım biçimi olur.

Bilirkişiler, klasik kamu hizmetleri arasında yer aldığı tartışmasız kabul edilen adli hizmetlerin ifasına ya da işleyişine katkı sağlamaya yönelik olarak görev yaparlar yani bir kamu görevi icra ederler.³⁷

Anayasa'nın 128. maddesinde ise, kamu görevlerinin, memurlar ile diğer kamu görevlileri aracılığı ile yerine getirileceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme karşısında, bilirkişilik görevi de bir kamu görevi olduğuna göre, bilirkişilerin, bir "memur" mu; yoksa "diğer bir kamu görevlisi" mi konumunda buldukları sorunu ortaya çıkar. Bu konuda doğru ve sağlıklı bir yargıya varılabilmesi için, kısaca anayasal bir ayırımın ürünü olan "memur" ve "diğer kamu görevlileri" kavramları üzerinde durulması gerekir.

Memur kavramının, kesin bir tanımının yapılması son derece güçtür. Bunun temel nedeni, muhtelif ülkelerin kanun koyucularının, memuru, kendi ülkelerindeki politik, sosyal ve teknik ihtiyaçları göz önünde tutarak tanımlamakta olmasıdır.³⁸ Hatta bir ülkenin muhtelif kanunlarında bile, memurun farklı şekillerde tanımlandığı ve zaman zaman "bu kanunun uygulanmasında şunlar memur sayılır" şeklinde düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Belirtilen bu nedenlerden ötürü, bütün zamanlar ve mekanlar açısından genel geçerliliğe sahip bir memur tanımının yapılması mümkün değildir.³⁹ Ancak genel çerçevede, bir memurun varlığından söz edilebilmesi için, şu iki unsurun bir arada bulunması gerektiği söylenebilir. Bunlar; ortada bir kamu hizmetinin bulunması ve kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden kişinin, sürekli bir biçimde idari kadro ve idari hiyerarşi içerisinde yer almasıdır.⁴⁰ Anayasa'da sözü edilen "diğer kamu

³⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için, bkz., Tanrıver, S., *Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu*, Ankara 2002, s. 33-38.

³⁸ Onar, S. S., *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. II, 3. B., İstanbul 1966, s. 1074; Kanlıgöz, C., *1982 Anayasası'na Göre Kamu Görevlisi Kavramının Kapsamı ve Anlamı*, (AÜHFD., 1993/1-4, s. 169-196), s. 187.

³⁹ Onar s. 1074.

⁴⁰ Onar s. 1075; Güran, S., *Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı (Anayasa Yargısı IV)*, Ankara 1987, s. 39-66), s. 53; Şekercioğlu, M., *Ceza Hukukunda Memur Kavramı*, İstanbul 1974, s. 11.

görevlileri” kavramının içeriği, henüz tam olarak belirginlik kazanmamıştır, bu kavram hala soyut bir kavram konumundadır. Kamu görevlilerinin öncelikle ve kural olarak memurlar aracılığıyla yerine getirileceği gerekçesi ile, memur kavramını belirlemek için kullanılan ölçütler çerçevesinde diğer kamu görevlileri kavramının kapsamının (içeriğinin) tespit edilmeye çalışılması,⁴¹ memur kavramı ile kamu görevlileri kavramının özdeşleştirilmesi sonucunu doğurur ki; bu büyük bir yanılğı olur. Zira, memur kavramı ile diğer kamu görevlileri kavramı özdeş kavramlar değildir. Kamu görevlisi kavramı, memur kavramını da içeren⁴² ve kapsam itibariyle ondan daha da geniş olan bir kavramdır.⁴³ Bu durum gözetildiğinde, memur kavramını belirlemede kullanılan ölçütlerin, kamu görevlisi kavramının kapsamının tayininde kullanılmayacağı kendiliğinden ortaya çıkar. Zira, memurlar, kamu görevlilerinin küçük bir bölümünü teşkil ederler.

Kamu görevlisi kavramının unsurları genel çerçevede şu şekilde sıralanabilir:⁴⁴

a. Kamu görevinde çalışıp da memur ve işçilerin dışında kalan personelden olma,

b. Devlete kamu hukuku ilişkisi ile bağlı bulunma.

Mahkemece, Adli Tıp Kurumu gibi resmi bir bilirkişi atanmışsa, sözü edilen görevi icra edecek kurum çalışanı, zaten hem anayasa hukuku hem de idare hukuku anlamında memur konumundadır. Çünkü, resmi bilirkişi olarak görevlendirilen kurum çalışanı, bir kamu görevi icra eden, idarenin daimi ve sabit kadroları ile bürokratik-hiyerarşik yapısı içinde çalışan asli eleman konumundadır. Buna karşılık, bilirkişi olarak resmi herhangi bir kimliği bulunmayan kişiler, yani özel kişiler görevlendirilmiş ise, bunlar ne idare hukuku ne de anayasa hukuku anlamında memur sayılabilirler; ancak bu kişiler de adli hizmetlerin bir parçasını oluşturan ve onunla bütünleşmiş bir konumda bulunan kamu görevi yapmaktadırlar. Sözü edilen nitelikteki bilirkişilerin (resmi olmayan bilirkişilerin) görevlendirilmeleri ile birlikte, kendilerini görevlendiren mahkeme ile bunlar arasında özel

⁴¹ Güran, S., *Anayasa'nın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu (Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s. 191-200), s. 199.* Bu bağlamda bir belirleme yapılacak olursa, Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında sözü edilen diğer kamu görevlilerinin, ancak “idare ile bir kamu hukuku ilişkisi içinde bulunan ve hizmetin asli elemanı sayılabilecek bir görevde çalışanlar” olduğu söylenebilir (Güran, *Kamu Görevlileri* s. 199; Güran s. 46 dn. 17).

⁴² Karatepe, Ş., *İdare Hukuku*, İzmir 1988, s. 133.

⁴³ Karatepe s. 135-136.

⁴⁴ AMK., 19.4.1988 tarihli karar (RG., 23.8.1988, sa.19908, s.52).

(kendine özgü) bir kamu hukuku ilişkisi kurulur.⁴⁵ Bilirkişilerin görevlendiriliş biçiminin, görev ve yetkilerinin bir özel hukuk sözleşmesinden kaynaklanmayıp; genel çerçevede de olsa kanun hükümleriyle belirlenmiş olması, görevlendirilmelerinin adli bir organın kamusal tasarrufu ile gerçekleştirilmesi, bazı hallerde bu görevi kabulde zorunlu tutulmaları (CMUK m. 68, I/II; HUMK m. 278, I); özellikle ceza yargısı bağlamında yeminle yükümlü bulunmaları (CMUK m. 72, I); objektiflik ve tarafsızlık ilkeleri çerçevesinde faaliyet göstermeleri, bu kapsamda hakimler hakkındaki sebeplere dayanarak reddedilebilmeleri (CMUK m. 67, I; HUMK m. 277); aynı gerekçelerle kendilerini reddedebilmeleri ve tanıklıktan çekinmeye ilişkin nedenlere dayanarak görevden çekinebilmeleri (HUMK m. 238, II; CMUK m. 69, I), görevin ifasını sağlamaya yönelik olarak haklarında özel disiplin hükümleri öngörülmüş bulunması (CMUK. m. 70; m.63; HUMK. m. 278, III, m. 253); ihzaren celp edilebilme ve tutuklanabilme olanaklarının varlığı; bazı kamusal yetkilerle donatılmış bulunmaları (CMUK m. 73; HUMK. m. 279); etki altına alınmalarını temin bağlamında yapılmış olan eylem ve davranışların bir tutuklama nedeni sayılmış olması (CMUK m. 104, I/2); Türk Ceza Kanunu anlamında memur konumunda bulunmaları⁴⁶ ve adli sistem içerisinde üstlenmiş oldukları görevin bir kamu görevi niteliği taşıması, bu özel kamu hukuku ilişkisinin göstergelerini (delillerini) oluşturur. Bu açıdan yaklaşıldığında, bilirkişinin kamu görevi yapan bir kamu görevlisi, genel çerçevede resmi kimliği bulunan görevli olduğu söylenebilir.

bb. Hukuki Sorumluluklarının Belirlenmesi

Anayasa'nın 40. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında, kişinin, resmi görevli tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zararların kanuna göre devletçe tazmin edileceği, devletin sorumlu durumda bulunan ilgili görevliye rücu hakkının saklı olacağı; 129. maddenin 5. fıkrasında da, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabileceği belirtilmiştir. Yine Anayasa'nın 177. maddesinin (e) bendinde ise, "*Anayasa'nın halkoylaması sonucu kabulünün ilaniyle birlikte yürürlüğe girecek hükümleri mevcut ve kurulacak kurum, kuruluş ve kurullar için yeniden kanun yapılması*

⁴⁵ Jauernig, O., *Zivilprozessrecht*, 24. völlig neubearbeitete Auflage, München 1993, s. 202; Damm, R., *Die zivilrechtliche Haftung des gerichtlichen Sachverständigen* (JuS., 1976/6, s. 359-363), s. 359; Hopt, K., *Schadenerstaz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung*, München 1968, s. 286; Leuch/Marbach/Kellerhals s. 523; Tanriver, s. 43-44. Aynı durum, adli bir organ Cumhuriyet Savcısı tarafından bilirkişi görevlendirilmesi halinde de (CMUK m. 66, II) geçerlilik taşır.

⁴⁶ Bkz., *aşa* s. 14 vd.

veya mevcut kanunlarda değişiklik yapılması gerekiyorsa, bunlara ilişkin işlemler için mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmayan hükümleri veya doğrudan Anayasa hükümleri Anayasa'nın 11. maddesi gereğince uygulanır" kuralı yer almaktadır. Bu düzenlemeyle, Anayasa'nın getirdiği yeni hükümlerin ve kurumların hayata geçirilmesi için, yeni kanunların yapılması veya mevcut kanunların değiştirilmesi gerekiyorsa, bu kanuni düzenlemeler yapıncaya kadar, ilgili Anayasa hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanabilirliği kabul edilmiş bulunmaktadır.⁴⁷ Bilirkişilerin hukuki sorumluluğu ile ilgili olarak mevzuatta herhangi bir yasal düzenleme yer almadığına göre, bu durumda, Anayasa'nın 177. maddesinin (e) bendi uyarınca, bir kamu görevi yürüten kamu görevlisi konumunda bulunan bilirkişilerin kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor vermiş olmalarından kaynaklanan zararlardan dolayı hukuki sorumluluklarının belirlenmesinde de, Anayasa'nın kamu görevlilerinin hukuki sorumluluğunu öngören 129. maddesinin 5. fıkrası hükmüyle 40. maddesinin 2. fıkrası hükmü doğrudan doğruya uygulanacaktır.⁴⁸ Bu iki anayasal düzenleme birbiri ile çatışmamakta, aksine bir uyum içerisinde bulunmaktadır. Zira, her iki düzenleme de, memur ve diğer kamu görevlilerinin daha geniş bir ifadeyle resmi görevlilerin, görevlerini ifa ederken ya da yetkilerini kullanırken kusurlu davranışları ile verdikleri zararlardan dolayı devletin birinci derecede sorumluluğunu öngörmektedir. Bu durumda, Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrası anlamında kamu görevlisi; 40. maddesinin 2. fıkrası anlamında ise resmi görevli durumunda bulunan bilirkişinin, kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor vermiş olmasından kaynaklanan zararlardan dolayı devlet birinci derecede sorumlu olacak, ancak; onun da kusurlu bilirkişiye rücu hakkı saklı bulunacaktır.

Anayasa'nın 40. maddesinin 2. fıkrasında ve 129. maddesinin 5. fıkrasında, hakkında düzenleme öngörülen devletin sorumluluğu, niteliği itibariyle bir kusur sorumluluğu yani dar anlamda haksız fiil sorumluluğudur.⁴⁹ Bu durum, Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrasındaki "işledikleri

⁴⁷ Gören, Z., *Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi, (Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I, Ankara 2001, s. 3-33), s. 30-31; Gören, Z., Temel Hak Genel Teorisi, İzmir 1993, s.75; Özbudun, E., Türk Anayasa Hukuku, 2. B. Ankara 1989, s. 39; Tanör, B./Yüzbaşıoğlu, N., 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001, s. 118; Teziç, E., Anayasa Hukuku, İstanbul 1998, s.192.*

⁴⁸ Bilirkişi olarak görevlendirilen Adli Tıp Kurumu gibi bir resmi bilirkişi ise onun çalışanının kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor tanzim etmesinden kaynaklanan zararlardan ilgililere, memur olması sebebiyle, devlet zaten Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrası ve 40. maddesinin 2. fıkrası uyarınca hukuken sorumlu olacaktır.

⁴⁹ Eren, F., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 3. B. Ankara 1989, s. 178.* Yani, burada devletin birinci derecede sorumlu olabilmesi için, memur veya kamu görevlisinin görevini ifası sırasında üçüncü kişilere zarar veren eyleminin veya işleminin bir haksız fiil niteliği taşıması gerekir.

kusurlardan doğan tazminat davaları" ve 40. maddesinin 2. fıkrasındaki "*vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar devletçe tazmin edilir*" ibarelerinden açıkça anlaşılmaktadır. Buradaki sorumluluğun klasik (dar anlamda) haksız fiil sorumluluğundan farklılaşmasını sağlayan olgu, zarara öncelikli olarak katlanacak kişinin kusurlu tutum ve davranışları ile zarara sebebiyet veren kendisinin değil, devlet olmasıdır.⁵⁰

Devletin, bilirkişilerin, gerçeğe aykırı rapor vermiş olmalarından kaynaklanan zararlardan sorumlu tutulabilmesi için varlığı gereken koşullar, haksız fiil sorumluluğunun unsurları da (BK m. 41) dikkate alınmak suretiyle şu şekilde sıralanabilir:

1. Bilirkişi, gerçeğe aykırı bir biçimde rapor düzenleyip vermiş bulunmalıdır.

2. Gerçeğe aykırı rapor düzenlenmesi olgusu, bilirkişinin kastının ya da ihmalinin (özellikle, ağır ihmalinin) ürünü olmalıdır.

3. Bilirkişinin kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor düzenleyip vermiş bulunmasından dolayı bir zarar doğmuş bulunmalıdır.

4. Kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor düzenlenip verilmesiyle meydana gelen zarar arasında, uygun bir illiyet bağı bulunmalıdır. Bu durumda, bilirkişinin, kusurlu iradesinin ürünü olan gerçeğe aykırı raporu, o davada, örneğin ikinci bir bilirkişi raporu alındığı için hükme dayanak yapılmamış ya da bu gerçeğe aykırı rapor olmasaydı bile, dava, yine, davayı kaybeden taraf aleyhine sonuçlanacak idiyse, artık gerçeğe aykırı bilirkişi raporu ile meydana gelen zarar arasında uygun bir illiyet bağının bulunduğundan söz edilemeyeceği için, devletin tazmin sorumluluğunun doğması mümkün olmayacaktır.⁵¹ Yine, zarara maruz kalanın kasten yahut ağır ihmal suretiyle, zararın doğumunu engelleyecek yahut bertaraf edebilecek hukuki olanakları kullanmaktan, bunları tüketmekten kaçınmış bulunması da, tazmin yükümlülüğü bağlamında, illiyet bağı kesen bir hal olarak kabul edilmelidir. Bunun ispat yükü de, sorumluluk davasının davalısı konumunda bulunan devlete ait olmalıdır.

Anayasa'nın 40. maddesinin 2. fıkrasında ve 129. maddesinin 5. fıkrasında hakkında düzenleme öngörülen devletin sorumluluğu, hukuki niteliği itibariyle bir kusur sorumluluğu yani dar anlamda haksız fiil sorumluluğu (BK. m. 41) olup; haksız fiiller alanında da esas görevli yargı yerleri konumunda adliye mahkemeleri bulunduğuna göre, bilirkişilerin gerçeğe aykırı rapor düzenleyip vermiş olmalarından kaynaklanan zararlardan dolayı

⁵⁰ Eren, s. 178.

⁵¹ Kuru, s. 2797.

devlet aleyhine açılacak tazminat davalarına da, adliye (hukuk) mahkemelerinde bakılmalıdır. Yine, devlet (idare), bilirkişinin kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor düzenleyip vermiş olmasından kaynaklanan zararı, açılan tazminat davası sonucunda davacıya, yani zarar görene ödemek zorunda kalırsa, bu davranışı ile zarara sebebiyet vermiş olan bilirkişiye rücu edebilir (AY m. 129, II); açılacak olan rücu davasında da, adliye (hukuk mahkemelerinde) bakılmalıdır.

Ayrıca, bilirkişinin kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu (rapor verdiği) bir ceza mahkemesi hükmü ile sabit olması, yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmıştır (HUMK. m. 445/5).

C. Bilirkişinin Disipliner Sorumluluğu⁵²

Bilirkişilerle ilgili olarak disiplinler yaptırım öngören hükümler, hukuk yargısı bağlamında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda, ceza yargısı bağlamında da Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda yer almaktadır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 278. maddesinin 3. fıkrasında, bilirkişi olarak davete icabet yükümlülüğü olup da mahkemeye gelmekten veya davete icabet edip de, bilirkişilik görevini ifadan kaçınanlar hakkında, tanıklığa ilişkin hükümlerin (m. 253) uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Bu çerçevede, bilirkişiliği kabul yükümlülüğü bulunup da geçerli bir sebep olmaksızın yapılan davete icabet etmemiş olan ya da icabet edip de bilirkişilik görevini ifadan kaçınmış olan bilirkişi, para cezasına çarptırılır; yargılamanın ertelenmesine neden olmuşsa, ertelemekten kaynaklanan yargılama giderlerini ödemeye de mahkûm edilebilir. Ayrıca, bu bilirkişinin ihzaren celp edilmesi de mümkündür. Yine, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 70. maddesinde de, oy ve görüş bildirmekle yani bilirkişilik yapmakla yükümlü olan bilirkişinin, davete icabet etmemesi ya da icabet edip mahkemeye gelip yeminden veya oy ve görüşünü açıklamaktan kaçınması halinde, tanıklığa ilişkin hükümlerin (CMUK m. 63) işlerlik kazanacağı yani sözü edilen davranışları sergileyen bilirkişinin, bu tutumundan doğan giderler ile para cezasını ödemeye mahkûm edileceği; beyanda bulunmaya ya da yemini eda etmeye zorlama amacıyla sınırlı olarak, azami altı ayı geçmemek üzere hapisle tazyik olunabileceği belirtilmiştir.

Bu düzenlemelere paralellik arzeden kurallar, Alman ve Avusturya medeni kanunlarında da yer almaktadır.

Alman Medeni Usul Kanunu'nun 409. paragrafı uyarınca, bilirkişi davete icabet etmez ya da vermek zorunda olduğu raporunu tevdi etmez veya

⁵² Tanrıver s. 113-115.

iadesi gereken belgeleri iadeden kaçınırsa, bu eylemlerinden kaynaklanan zararları ödemeye mahkûm edilir; para cezasına çarptırılır; itaatsizlikler yinelenecek olursa, para cezasının tutarı artırılır.

Yine, Avusturya Medeni Usul Kanunu'nun 354. paragrafının 1. fıkrası uyarınca, rapor düzenlemek üzere atanmış olan bilirkişi, raporunu makul mazeret (geçerli neden) göstermeden tevdi etmektan kaçınır (yani, raporu hiç tevdi etmez) ya da tayin edilen süreden daha sonra raporunu verir yahutta delillerin ikame edileceği oturuma usulüne uygun bir biçimde davet edilmiş olmasına rağmen davete icabet etmezse, tevdiden kaçınma, icabet etmeme ya da geç tevdiden kaynaklanmış olan masrafları tazminle mahkemece yükümlü tutulur. Bunun dışında, bilirkişiye, ayrıca mahkemece disiplin cezası (Ordnungstrafe) verilebilir ya da bilirkişi kasten raporunu tevdiden kaçınmışsa, bununla ilgili olarak öngörölmüş bulunan özel cezaya da (Mutwillenstrafe) çarptırılabilir.

Bilirkişiyi görevlendiren mahkeme, disipliner bağlamda, bilirkişinin, üstlenmiş olduğu resmi görevle çelişir nitelik taşıyan bir takım tutum ve davranışlar sergilemesi halinde ona, eyleminin ağırlığını ve niteliğini gözeterek, bilirkişi ücretinin takdiri konusunda kendisine tanınmış bulunan yetkiye dayanarak ücret kesintisi uygulayabileceği gibi; ücretin tamamının ödenmemesine de karar verebilir.⁵³ Yine, sözü edilen makamın, bilirkişiye, görevini yerine getirirken daha dikkatli davranması gerektiği; aksi takdirde, hakkında ücret kesintisi yapılması ya da ücretin bütünüyle ödenmemesi işleminin uygulanacağını öngören uyarılarda bulunması da mümkündür.

Bilirkişi olarak görevlendirilen kimse, aynı zamanda devlet memuru ya da kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşunun mensubu ise, onun bilirkişilik görevinin yürütümü sırasında yapmış olduğu görevinin gerekleriyle bağdaşmayan tutum ve davranışları, aynı zamanda Devlet Memurları Kanunu'nun disiplin ile ilgili hükümlerinin (DMK m. 125) ya da asıl mensubu bulunduğu mesleğin genel geçerliliğe sahip davranış normlarının veya disipliner yaptırım öngören iç düzenlemelerinin ihlali niteliğini taşıyorsa, ilgili mercii bundan haberdar edilmek suretiyle oradan da disiplin cezası alması sağlanabilir.

Olması gereken hukuk açısından, bilirkişilik yapacak kimselerin tamamının, üst bir hukuki yapılanmanın çatısı altında toplanması suretiyle, bilirkişiliğin kurumsallaşması sağlanacak olursa, hem davranış normlarının standardalizasyonu hem de bilirkişilere uygulanacak disipliner yaptırımların sicillerinin de tutulması suretiyle etkinliğinin artırılması; disipliner denetimin kolaylaştırılması ve durumlarının rahatlıkla izlenmesi gerçek-

⁵³ Kuru, s. 2794.

leştirilmiş olur. Bilirkişiliğin, etik kurallarının oluşturulması, bilirkişilerin denetimi ve gerçekte ehil olan kişilerin bilirkişilik yapmasının sağlanması açısından, bu alanda da kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşuna ihtiyaç bulunduğu, bu yapılanmanın “Bilirkişi Odaları” ve “Bilirkişi Odaları Birliği” şeklinde gerçekleştirilmesinin uygun olacağı görüşü, doktrinde de dile getirilmektedir.⁵⁴ Nitekim, Adalet Bakanlığı bu tür bir yapılanmayı öngören kanun taslağı da hazırlamış durumdadır. İşlevleri itibariyle hakemlerden farklı olarak, salt bilirkişilik alanıyla sınırlı kalmak kaydıyla, “Bilirkişi Odaları” ile üst kuruluş olarak “Bilirkişi Odaları Birliği”nin oluşturulmasının, bilirkişiliğin kurumsallaştırılmasının gerçekleştirilmesi ve yozlaştırılmasının önlenmesinin sağlanması açısından son derece yararlı olacağı hususu da, doktrinde ifade edilmiştir.⁵⁵

Bilirkişiliğin bir meslek sayılmayıp; mesleğin modülasyonu (kipi) olduğu gözetilecek olursa, ancak meslekler için işlerlik kazanabilecek bir hukuki yapılanma modeli olan Oda ve Odalar Birliği şeklindeki bir yapılanmanın bilirkişilik kurumuna uygun düşmeyeceği aşikar biçimde ortadadır.⁵⁶ Çünkü, Oda ve Odalar Birliği kurumları, ancak meslekler bakımından uygulanma alanı bulabilecek olan yapılanma modelleridir. Bilirkişilik ise, her şeyden önce, bir “meslek” olarak nitelendirilemez. Meslekten söz edilebilmesi için, özel bir bilgiye ihtiyaç gösteren, öğrenilen bir sanatın, az veya çok sürekli bir biçimde icra ediliyor olması gerekir. Bilirkişilik ise, bu nitelikleri taşımamaktadır; tamamen arızı veya tesadüfi olarak icra olunan bir faaliyet konumundadır; sürekli bir biçimde icra olunmaz. Öte yandan, özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda oy ya da görüş bildirme ile sınırlı bir faaliyet, bir meslek olmaktan ziyade, mesleki verilerin somut planda dile getirilmesi; mesleğin bir yansıma biçimi olarak algılanabilir. Bu durumda, bilirkişi etiğinin oluşturulması, bilirkişilerin denetimi ve gerçekte, her bağlamda ehil olan kişilerin bilirkişilik yapmasının sağlanması açısından, ihtiyaç duyulan koordinasyon ve korelasyon kurumu olarak, halihazırda mahkemelerimiz bünyesinde yer alan Adalet Komisyonlarından yararlanılması düşünülebilir. Bu bağlamda, Adalet Komisyonları, meslek odaları ve onların üst kuruluşlarıyla ilişki kurmak suretiyle, mahkemelerde bilirkişilik yapacak olanların bir listesini oluşturmalı; her yıl sözü edilen

⁵⁴ Karayalçın, Y., “Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği” İstanbul’da Milletlerarası Tahkim Merkezi Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Taslakları, Ankara 2001, s. 30-31; Yılmaz, E., aynı eser, s. 16-17.

⁵⁵ Bkz., Yılmaz, E., *Bilirkişiliğin Kurumsallaştırılması Hakkında Bir Kanun Taslağı (Bilirkişilik Sempozyumu)*, 9-10 Kasım 2001, Ankara 2001, s. 538-550), s. 549-550.

⁵⁶ Aynı yönde, bkz., Kalpsüz, T., “Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği” İstanbul’da Milletlerarası Tahkim Merkezi Kurulması Hakkında Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Kanun Taslakları, Ankara 2001, s.12-14.

kuruluşlarla iletişim kurmak suretiyle, bu bilirkişilik listelerini güncelleme yoluna gitmeli ve bu listelerin bir örneğini kendi bölgesinde bulunan tüm mahkemelere gönderme yoluna gitmelidir. Bu suretle, mahkemelerin, bilirkişi seçimi evresinde karşılaşılabileceği güçlükler önemli ölçüde aşılmış olur. Öte yandan, Adalet Komisyonlarına, atanmış olan bilirkişilerin, görevlerinin gerekleriyle bağdaşmayan tutum ve davranışlar sergilemesi halinde, mahkemelerin bildirim üzerine, gerekli disiplinler işlemi yapması için konuyu bilirkişinin kayıtlı olduğu meslek kuruluşlarına intikal ettirme görevi verilmeli ve ayrıca eylemin ağırlık derecesini de gözeterek, bilirkişi olarak görev yapan kişinin isminin listeden çıkartılmasına karar verebilmesine de olanak tanınmalıdır. Bu durumdan diğer Adalet Komisyonlarının haberdar edilmesi de, ilgili Adalet Komisyonu'na bir görev olarak yüklenmelidir. Böylelikle, bilirkişi olarak görev yapacak kimsenin mensubu bulunduğu mesleğin etik kurallarına uygun davranması ve bir anlamda disipline edilmesi de belli ölçüde sağlanmış olur.

D. Bilirkişinin Cezai Sorumluluğu

I. Bilirkişinin Türk Ceza Kanunu Anlamında Memur Olup Olmadığı Sorunu

Türk Ceza Kanunu anlamında memur kavramından ne anlaşılması gerektiği, sözü edilen Kanun'un 279. maddesinde belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre;

“Ceza Kanunu'nun tatbikatında;

1. *Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören devlet ve her türlü amme müesseseleri memur veya müstahdemleri;*

2. *Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören kimseler memur sayılır.*

Ceza Kanunu tatbikatında amme hizmeti görmekte muvazzaf olanlar:

1. *Devamlı veya muvakkat surette bir amme hizmeti gören devlet veya diğer amme müesseselerinin memur ve müstahdemleri;*

2. *Devamlı veya muvakkat ücretli veya ücretsiz, ihtiyari veya mecburi surette bir amme hizmeti gören diğer kimselerdir”.*

Sözü edilen maddenin 1. fıkrasında Ceza Kanunu'nun uygulanması yönünden kimlerin “memur” sayılacağı; 2. fıkrasında ise kimlerin, “amme hizmeti görmekte muvazzaf kimse” sayılacağı belirtilmektedir. Böylece, kanun, memurlar ile amme hizmeti görmekte muvazzaf kimseleri birbirinden ayırmakta; bu ayırımı ölçü olarak da bunların gördükleri işlevin (ifa ettikleri

faaliyetin) niteliğini esas almaktadır.⁵⁷ Bu durumda, yaptığı faaliyet kamu görevi olarak nitelenenler “memur”, buna karşılık yaptığı faaliyet kamu hizmeti olarak nitelenenler ise, “amme hizmeti görmekle muvazaf kimse” sayılacaktır.⁵⁸

Ceza Kanunu’nun 279. maddesindeki her iki kategori de, iki alt gruba ayrılmaktadır. Gerçekten, her iki fıkranın birinci bentlerinde, devlet veya kamu kurumu ile istihdam ilişkisi bulunan “memur”lardan veya “amme hizmeti görmekle muvazaf olan kimse”lerden söz edilmektedir. Her iki fıkranın ikinci bentlerinde yer alan “amme vazifesi gören diğer kimseler” ve “amme hizmeti gören diğer kimseler” şeklindeki ibareler ile, devlet ve herhangi bir kamu kurumu ile istihdam ilişkisi bulunmayan “memur”lara ve “amme hizmeti görmekle muvazaf kimse”lere işaret edilmektedir.⁵⁹ Buna göre, bir kimsenin “memur” veya “amme hizmeti görmekle muvazaf kimse” sayılabilmesi, onun sübjektif durumuyla yani istihdam ilişkisi içerisinde olup olmamasıyla ilgili değildir; bir “kamu görevi” veya bir “kamu hizmeti” gören herkes, Ceza Kanunu yönünden “memur” veya “amme hizmeti görmekle muvazaf olan kimse” sayılmaktadır.⁶⁰

Gerek Adli Tıp görevlileri gibi resmi bilirkişiler gerekse resmi olmayan bilirkişiler, adli bir kamu görevi yapmaktadırlar;⁶¹ resmi bilirkişiler, devlet ile ya da bir kamu kurumu ile zaten istihdam ilişkisi içerisinde dirler, resmi olmayanların ise; atanması ile birlikte devlet ile aralarında kamu hukuku temeline dayalı olarak özel (kendine özgü) bir bağ kurulmuş olur. Türk Ceza Kanunu’nun 282 ve 290. maddelerinde öngörülmüş bulunan düzenlemeler, bu bağın en önemli kanıtlarıdır. Bu bağlamda, resmi bilirkişiler, Türk Ceza Kanunu’nun 279. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendi, resmi olmayanlar ise; aynı Kanun maddesinin aynı fıkrasının ikinci bendi uyarınca, Ceza Kanunu anlamında memur sayılırlar; çünkü her iki düzenlemenin öngördüğü koşulları tümüyle bünyelerinde barındırmaktadırlar.

Hem doktrin hem de yargı uygulamasında, bilirkişilerin, Türk Ceza Kanunu’nun 279. maddesi anlamında memur oldukları hususu genel kabul görmektedir.⁶²

⁵⁷ Erman, S., *Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur (SBFD., 1947 (3-4, s. 235-276), s. 242; Toroslu, N., Ceza Hukuku, Ankara 1990, s. 236.*

⁵⁸ Erman, s. 242; Toroslu, s. 236.

⁵⁹ Toroslu, s. 236.

⁶⁰ Erman, s. 242-243; Toroslu, s. 236.

⁶¹ Çetin, E., *Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Hukukunda ve Özel Yasalarda Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılama Usulü ve Memur Suçları*, Ankara 2000, s. 13.

⁶² Erman, s. 266; Şekercioğlu, s. 23-24; Malkoç, İ., *Son Değişikliklerle Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2000, s. 592; Çetin, s. 5. “.... kamu yararı belirli bir kamu faaliyetinin seri bir şekilde ifa edilmesini gerekli kılar ve bu durumda sözü edilen

1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni Ceza Kanunu 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde, yürürlükteki Ceza Kanunu'nun 279. maddesindeki gibi kategorik ayrımlara gidilmeden, "memur" kavramı yerine onu da içeren üst bir kavram olan "kamu görevlisi" kavramını baz almış ve bu kavram tanımlanmıştır. Sözü edilen yasal düzenlemeye göre, Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisinden maksat, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette, sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir. Ayrıca, yeni Ceza Kanunu'nda, kamu görevlisi dışında, kategorik bir kavram olarak yargı görevlisi kavramı da tanımlanmıştır. Yargı görevlisinden maksat ise, yüksek mahkemeler ve adli, idari ve askeri mahkemeler üye ve hakimleri de Cumhuriyet Savcısı ve avukatlardır (Yeni TCK m. 6, I/d).

Yeni Türk Ceza Kanunu, bir kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için, yegane ölçüt olarak, gördüğü işin bir kamusal faaliyet niteliği taşımasını esas almıştır. Kamu görevlisi sayılabilme açısından, kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin, maaş, ücret vesaire bir maddi karşılık alıp almamalarını yahut bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapıyor olmalarının herhangi bir önemi yoktur.

Bu kavramsal tanımlamalar çerçevesinde, bilirkişiler, yargı görevlisi olarak nitelendirilemezler. Ancak, onlar Türk Ceza Kanunu kapsamında kamu görevlisi olarak nitelendirilebilirler. Nitekim, bu hususa, Kanun'un 6. maddesinin gerekçesinde "... kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir ..." demek suretiyle açıkça işaret edilmiştir.

fonksiyonun herhangi bir vatandaş tarafından icra edilmesi adeta bir zaruret halini alır. Bazı hallerde ise, maslahata uygunluk düşünceleri dolayısıyla özel şahıslara belirli bir fonksiyon görmeleri veya fonksiyonun ifasına iştirak eylemeleri icap eder. Fakat özel bir vatandaşın amme fonksiyonunu ifa etmesi veya ifasına iştirak etmesi onun her zaman memur sayılacağına delalet etmez. Bir kimsenin memur sayılabilmesi içinde bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekir. İlk şartta, özel kişinin böyle bir faaliyette bulunmasını "Bir kanun hükmünün açıkça uygun bulması veya müsaade etmiş olması" dır. Diğer bir şart da "Devletle hukuki tasarruf veya fiile iştirak eden şahıs arasında hususi bir amme hukuku münasebeti ve rabitasının bulunmasıdır". Şu halde zaruret veya kamu yararı icabı herhangi bir amme vazifesinin bir vatandaş tarafından ifasına bir kanun müsaade etmiş veya uygun bulunmuş ve vatandaş da bu fonksiyonu devlette hususi bir amme hukuku münasebeti kurup hukuki bir tasarruf veya fiilde bulunarak veya iştirak ederek ifa etmiş ise memur sayılır. Bu şartlardan birisi eksik ise, örneğin, muhbir ve meşhut suç dahilinde muvakkat yakalamada bulunan vatandaşın durumu gibi, o kimse memur sayılamaz. Yukarıda belirttiğimiz şartlara uygun olarak amme vazifesi gören özel kişilere örnek olarak, şahit, bilirkişi ve tercümanlardır. Bu kimseler, hakim tarafından verilen hükme iştirak ettikleri ve buna da kanunen mecbur oldukları (TCK m. 282) ve bunlar re'sen davet olunmaları suretiyle de sözü geçen şahıslarla devlet arasında mevzu bahis özel rabita kuruldu-

Bilirkişilerin, Ceza Kanunu anlamında memur (yeni yasal deyişle, kamu görevlisi) sayılması, her şeyden önce onlara yöneltilecek olan fiili taarruzların ve yapılacak olan hakaretlerin önlenmesinde önemli ölçüde etkili olacaktır. Yine, kanunda, bu bağlamda, resmi kimliği dolayısıyla bilirkişiyi etki altına almaya yönelik davranışlara tutuklama nedenleri arasında yer verilmiştir (TCK m. 104, I/2).

Ayrıca, bilirkişi, Ceza Kanunu anlamında memur (kamu görevlisi) konumunda bulunduğuna göre, memurların (kamu görevlilerinin) işleyebileceği suçları yani mahsus suçları da işleyebilir. Bu bağlamda, bilirkişi, rüşvet ve irtikap suçlarının (TCK m. 211, m. 209; yeni TCK m. 252; m. 250) faili olabilir. Yine, bilirkişi, üstlenmiş olduğu bilirkişilik görevinin yürütümü sırasında taşıdığı resmi sıfatın gereği ve görevi sebebiyle kendisine tevdi edilmiş olan ya da tesadüfen öğrenmiş bulunduğu resmi sırları ifşa edecek olursa, onun sözü edilen bu eylemi, Türk Ceza Kanunu'nun 229. maddesinde (Yeni TCK m. 258) öngörülen suç oluşturur. Bilirkişinin, sergilemiş olduğu tutum ve davranışlar, koşulları oluşmuşsa, Türk Ceza Kanunu'nun 230. maddesinde (Yeni TCK m. 257, II) öngörülen görevi ihmal suçuna da vücut verebilir.⁶³ Bilirkişi olarak atanan kişi, kanunen bilirkişilik yapma zorunluluğu bulunan kimselerden olup (CMUK m. 68, I, II; HUMK m. 278, II), müteaddit olarak gelmemenin sonuçlarını öngören ihtarı da içerecek şekilde usûlüne uygun bir biçimde mahkemeye davet edilmesine rağmen gelmemiş ya da bilirkişiliği kabul zorunluluğu olmayanlar da dahil bilirkişi olarak görevlendirilen kimse yapılan davete icabet etmiş, bilirkişilik yapmak üzere mahkemeye (HUMK m. 281, II ve III; CMUK m. 75, II) gelmiş, bu görevi kabul etmiş; fakat hiçbir sebep göstermeksizin bilirkişilik görevini ifadan kaçınmışsa⁶⁴ yani kanunda yazılı süreler çoktan geçmiş ol-

ğundan, Ceza Kanunu'un 279. maddesi anlamında ve "diğer kimseler" tabiri içine dahil memurlardır (CGK, 25.11.1985, 4101595, Savaş, V./Mollamahmutoğlu, S., *Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu*, C. II, 3.B., Ankara 1998, s. 2796).

⁶³ Öztürk, B./Erdem, M. R. /Özbek, V. Ö., *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, Ankara 2001, s. 179. Yeni Ceza Kanunu'nda, görevin gereklerinin yerine getirilmesinde ihmal veya gecikme gösterilmesi olarak tanımlanan ve eski Türk Ceza Kanunu'nun 230. ncu maddesinde yer alan görevi ihmal suçu, kavramsal çerçevede kaldırılmış ve bu durum da yeni Kanun'un 257. maddesinde görevi kötüye kullanma suçunun kapsamı içerisinde mütalaa edilmiştir (m. 257, II). Bu hususa, madde gerekçesinde, yeni Kanun'da, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan keyfi muamele, görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçları ayırımından vazgeçilmiş, şeklinde açıkça işaret edilmiştir.

⁶⁴ Bilirkişilik görevini ifa için mahkemeye gelen davete icabet eden kimse asılsız bir sebep ileri sürmek sebebiyle bu görevini yerine getirmekten kaçınır yani sözlü ya da yazılı olarak açıklama yapmazsa (raporunu vermezse) o, bu eylem ile görevi ihmal suçunu öngören norma (TCK m. 230) nazaran daha özel bir norm konumunda bulunan asılsız bir sebep ileri sürerek bilirkişilik görevini ifadan imtina suçunu (TCK m. 282) işlemiş olur.

masına rağmen raporunu vermemişse;⁶⁵ onun sergilemiş olduğu bu tutum ve davranışları, Türk Ceza Kanunu'nun 230. maddesinde (Yeni TCK m. 257) öngörülen suçu oluşturur. Ancak, ikinci halde de sözü edilen suçun oluşabilmesi için, bilirkişinin, mahkemece raporu vermemenin sonuçlarını da içerecek biçimde uyarılmış olması aranmalıdır. Her ne kadar, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 278. maddesinin 3. fıkrasında, bilirkişilerin mahkemeye gelmekten veya gelip de bilirkişilik görevini ifadan kaçınmaları halinde, tanıklığa ilişkin hükümlerin uygulanacağı; bu bağlamda bilirkişilerin para cezasına, talikten mütevellit masraflara da mahkûm edilebilecekleri ve ihzaren celp edilecekleri belirtilmiş ve buna paralel bir düzenlemeye de Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 70. ve bu madde delaletiyle aynı Kanun'un 46. maddesinde yer verilmişse de, sözü edilen hükümler disiplin hükümleri konumunda bulunup, bir fiil aynı zamanda hem disiplin ceza hukuku hem de genel ceza hukuku bakımlarından ayrı ayrı suç oluşturabileceğinden, bilirkişinin yukarıda kendisine işaret edilmiş olan eylemi, ceza hukuku yönünden özel bir düzenleme öngören Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde belirtilen suça vücut vermeyeceği için, ona nazaran daha genel bir norm niteliği taşıyan ve Türk Ceza Kanunu'nun 230. maddesinde (Yeni TCK m. 257'de) yer alan suçunu kapsamına giren bir fiil olarak algılanmak gerekecektir.

Bilirkişi, taraflardan birisince vaat olunan para veya herhangi bir çıkar karşılığında adliye huzurunda gerçek dışı rapor vermiş veya oy ve görüş açıklamışsa, sözü edilen eylem hem rüşvet suçuna (TCK m. 211; yeni TCK m. 252) hem de gerçeğe aykırı rapor verme suçuna (TCK m. 290; yeni TCK m. 276, I) vücut verir ve bu durumda, sanık bilirkişiye, her iki suçtan ötürü

⁶⁵ "Asliye hukuk mahkemesince bilirkişi olarak dinlenen belediye fen memurunun iki kez yazı ile uyarılmasına karşın, raporunu vermeme biçiminde beliren eylemi nedeniyle TCK'nın 230. maddesi ile cezalandırılmasına ilişkin olan yerel mahkeme kararı (tebliğ namesindeki bozma düşüncesine aykırı olarak) 4. Ceza Dairesi'nin 11.10.1992 tarih ve 6383/6881 sayılı kararı ile onanmıştır" (Çetin, s. 13 dn 21). "Oluşa göre, bilirkişi sanığın, rapor ve dosyayı bir yılı aşkın sürede vermemekten ibaret eyleminin görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilmeden, TCK'nın 240. maddesine hüküm kurulması ...Dikili Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1992/87 esas sayılı dosyasında 9.9.1993, 1993/67 esas sayılı dosyasında 23.9.1993 tarihlerinde yapılan keşiflerde bilirkişi olarak görev yapan sanığın belirlenen sürede rapor ve dosyaları vermediği dairemizin 4806 ve 5065 sayılı dosyalarının incelenmesinden anlaşılmasına göre, aralarında kişisel ve eylemsel bağ nedeniyle iki dava birleştirilerek, aynı suçu işleme kararı ile davranıp davranmadığı ve olayda TCY'nin 230 ve 80. maddelerinin uygulama yeri bulunup bulunmadığının tartışılarak hüküm kurulması gerekirken her eylemin bağımsız suçu sayılması, yasaya aykırıdır..." (4. CD., 25.06.1996, 5068/5912; Günay, E., *Uygulamada Hakim, Savcı, Avukatlar ve Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar*, Ankara 1997, s. 264).

ayrı ayrı ceza verilir ve bu cezalar gerçek içtima kurallarına göre içtima ettirilir (TCK m. 78).⁶⁶

II. Bilirkişilikle İlgili Olarak Türk Ceza Kanunu'nda Öngörülmiş Bulunan Özel Bazı Suçlar

1. Asılsız Bir Sebep İleri Sürmek Suretiyle Bilirkişilik İçin Yapılmış Olan Davete İcabet Etmemek veya Bilirkişilik Görevini İfadan Kaçınmak Suçu (TCK. m. 282)

Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde, usulüne uygun olarak adli makamlarca davet edilmiş bulunan bilirkişinin, asılsız bir sebep ileri sürmek suretiyle davete icabet mecburiyetinden varestede tutulmuş olması veya icabet etmekle beraber asılsız bir sebep ileri sürmek suretiyle bilirkişilik görevini ifadan kaçınmış bulunması, bir suç sayılmıştır. Sözü edilen fiillerin suç olarak öngörülmesi ile, genel çerçevede adli faaliyetin kesintisiz bir biçimde ve aksatılmadan işleyişinin sağlanması amaçlanmıştır.⁶⁷

Bu suçun failini, yani aktif süjesini, ancak bilirkişiliği kabul zorunluluğu bulunan kimseler oluşturabilir; böyle bir zorunluluğu bulunmayan kimseler bakımından, Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde suç olarak öngörülen durumun gerçekleşmesi mümkün değildir.⁶⁸ Kanımızca, bilirkişilik yapma zorunluluğu bulunmasa bile, bir kimse, bilirkişilik görevini kabul edip mahkemeye gelmiş, dava dosyası kendine tevdi edilmişse, artık onun görevini ifadan asılsız bir sebep ileri sürmek suretiyle kaçınması halinde de, Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde öngörülmesi olan düzenleme işlerlik kazanır.

Her şeyden önce, bilirkişi olarak görevlendirilmek istenen kimsenin, bu görevin ifası için, yargı yetkisine sahip adliye makamları⁶⁹ tarafından usulüne uygun olarak davet edilmiş bulunması gerekir.⁷⁰

Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde öngörülen suçun maddi unsuru, adli makamlarca usulüne uygun bir biçimde bilirkişi olarak da-

⁶⁶ Şengün, s. 462.

⁶⁷ Yarsuvat, A., *Türk Ceza Kanunu'nun 282. Maddesi Üzerine Bir İnceleme* (AD., 1969/2, s. 95-106), s.96.

⁶⁸ Erem, F., *Adliye Aleyhinde Cürümler*, Ankara 1955, s. 6; Erem, F., *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükmümler*, C. II, Ankara 1993, s. 1502. Aynı yönde bkz. Yarsuvat, s. 104.

⁶⁹ Adliye makamları kavramının kapsamı içerisine, adliye mahkemelerinin yanı sıra, Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi, askeri ve idari yargı yerleri ile savcılık da dahildir (Erem, *Şerh*, s. 1502; Erem, *Adliye*, s. 4; Yarsuvat, s. 101). Şüphesiz ki; burada sözü edilen adli makamlar, Türk adli makamlarıdır. Yabancı adli makamlar kapsam dışı tutulmuştur (Yarsuvat, s. 101).

⁷⁰ Erem, *Adliye* s. 3; Erem, *Şerh*, s. 1502; Yarsuvat, s. 101.

vet edilmiş bulunan kimsenin “asılsız bir sebep ileri sürmek suretiyle icabet mecburiyetinden varestede tutulmuş” veya “icabet etmekle beraber asılsız bir sebep ileri sürmek suretiyle bilirkişilik görevinden kaçınmış” olmasıdır.⁷¹ Davet usulüne uygun bir biçimde yapılmamışsa, ileri sürülen mazeret asılsız bulunsa bile, mevcut olmayan bir görevden kaçınılmış olacağı için, bu durum Türk Ceza Kanunu’nun 282. maddesinde öngörülen suça vücut vermez.⁷² Asılsız bir sebep ileri sürmekten maksat, gerçeğe aykırı mazeret beyanıdır; bu beyan, yazılı veya sözlü olarak yapılabilir.⁷³ Doğruluk derecesi şüpheli bir nitelik taşısa bile, bir kanun hükmünün yorumundan hareketle bir mazeret ileri sürülmesi, asılsız bir sebep sayılamaz.⁷⁴ Bilirkişi asılsız bu sebebi ileri sürmekle kalmayıp; bu sebebin doğruluğunu ortaya koymak amacıyla sahte bir belge (örneğin, hatıra binaen veya çıkar karşılığı elde edilmiş bir doktor raporu) ibraz etmiş; adli makam da sözü edilen belgeye (yani doktor raporuna) itimat ederek bilirkişi olarak atanan kimseyi görevden muaf tutmuşsa, bu durumda onun, hem Türk Ceza Kanunu’nun 282. maddesi hem de aynı Kanun’un 354. maddesi uyarınca, ayrı ayrı cezalandırılması ve bu cezaların gerçek içtima kurallarına göre içtima ettirilmesi gerekir.⁷⁵ Bilirkişinin yalnızca davete icabet etmemiş olması ya da bilirkişilik görevini ifadan kaçınmış bulunması, tek başına Türk Ceza Kanunu’nun 282. maddesindeki suçun oluşumu için yetmez.⁷⁶

Sözü edilen suçun manevi unsurunu, genel kasıt oluşturur; bilirkişinin hareketi bilerek ve isteyerek yapmış olması yeterlidir. Saik ve amaç, bu bağlamda her hangi bir önem taşımaz; yani özel kasıt aranmamıştır.⁷⁷

⁷¹ Erem, *Adliye*, s. 5; Erem, *Şerh*, s. 1503; Yarsuvat, s. 106. “TCK’nın 282. maddesinde düzenlenen kanunen yapılması gereken görevden kaçınma suçunun oluşması için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gerekir:

- a. Fail; tanık, bilirkişi veya tercüman olmalı,
- b. Yargı yetkisini kullanan adli, idari veya askeri yargı makamları tarafından davet edilmeli,
- c. Fail usulüne uygun şekilde çağrılmalı,
- d. Fail gerçeği yansıtmayan uydurma sebepler ileri sürerek kendisini çağıran adli makama gelmekten varestede tutulmasını talep etmiş olmalı,
- e. Veya fail davete uyararak adli makama geldiği halde asılsız sebep ileri sürerek adli görevi yapmaktan kaçınmalı,
- f. Fail gerçeğe aykırı sebepleri bilerek ve isteyerek ileri sürmelidir.

Bu açıklamaların ışığında olayımıza baktığımızda; sanık asliye hukuk mahkemesinin çağrısına uyararak bilirkişi sıfatıyla keşfe katılmış ve raporunu verilen sürede sunamamıştır. Verdiği mazeret dilekçesinde ileri sürdüğü sebeplerin asılsız olduğu kanıtlanmamıştır. Sanık mazeret olarak ileri sürdüğü yurtdışına çıktığını gösterir pasaport fotokopisini ibraz etmemiştir. Bu nedenle sanığın asılsız sebep ileri sürerek bilirkişilik görevinden kaçındığı kanıtlanmadığından TCK’nın 282. maddesinde yer alan suçun unsurları olayda gerçekleşmemiştir...” (CGK, 6.11.1989, 2.275/332; Yaşar, O., *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2001, s. 639-640). “TCK’nın 282/1. maddesindeki suçun oluşabilmesi için, bilirkişi olan sanığın raporu vermemesinin

Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde öngörülen bu suçu işleyen bilirkişiye, altı aya kadar hapis, muayyen bir miktar ağır para cezası ve ayrıca hükmedilen hapis cezasının tutarı ölçüsünde meslek ve sanatına tatil cezası verilir. Bilirkişi hakkında, sadece para cezasına hükmedilmişse, artık meslek ve sanatın tatili cezasının uygulanmasına olanak kalmaz.⁷⁸ Çünkü, anılan yasal düzenlemede, hapis cezasına mahkûmiyet halinde kanuni sonuç olarak meslek ve sanatın tatili cezasının işlerlik kazanabileceği açıkça belirtilmiştir.⁷⁹ Ayrıca, faile ceza tayininde, failin pişmanlığının herhangi bir önemi yoktur.⁸⁰

Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde öngörülmüş olan bu suç, 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni Türk Ceza Kanunu'nda yer almamaktadır. Sözü edilen suç, spesifik bir eylemi öngörüp, artık bu spesifik eyleme de yeni Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmediğine göre, 1 Nisan 2005 tarihinden sonra, asılsız bir sebep ileri sürmek suretiyle, bilirkişilik için yapılmış olan davete icabet etmemek veya icabet edip de bilirkişilik görevini ifadan kaçınmış bulunma halinde, bilirkişi hakkında, ancak bir kamu görevlisi niteliğini taşıması sebebiyle, olsa olsa genel norm konumunda bulunan, görevi kötüye kullanma suçu ile ilgili yasal düzenleme (m. 257) işlerlik kazanabilecektir.

2. Gerçeğe Aykırı Bildirimde Bulunma (Rapor Verme) Suçu (TCK. m. 290)

Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesinde, bilirkişinin, adli makamlara gerçeğe aykırı rapor düzenleyip tevdi etmiş veya bu makamlar huzurunda bilirkişi sıfatıyla gerçek dışı sözlü beyanlarda bulunmuş olması, bir suç olarak öngörülmüş ve böylelikle bilirkişinin doğruyu beyan (gerçeği

asılsız bir sebebe dayanması gerektiği cihetle, davete icabet ettiği halde, mücerret rapor vermekten affını istemesinin bu maddedeki suçu oluşturmayacağı..." (2. CD., 22.10.1985, 6156/8305, Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 2847).

⁷² Yarsuvat, s. 102.

⁷³ Yarsuvat, s. 103; Erem, *Şerh*, s. 1503; Erem, *Adliye*, s. 5.

⁷⁴ Yarsuvat, s. 103.

⁷⁵ Erem, *Adliye*, s. 5; Erem, *Şerh*, s. 1503; Yarsuvat ise burada gerçek içtimanın değil, fikri içtimanın olacağını Türk Ceza Kanunu'nun 354/1-3 maddesinde öngörüldüğü suçla 282. nci maddesinin kaynaştığı tek bir fiile sözü edilen kanunun iki ayrı hükmünün ihlal edildiğini; burada sahte rapor kullanılması suretiyle asılsız sebep ileri sürülmesinin gerçekleştirildiği kanısını taşımaktadır (Yarsuvat, s. 103).

⁷⁶ Yarsuvat s. 103; Erem-Şerh s. 1503; Erem-Adliye s. 5.

⁷⁷ Erem, *Şerh*, s. 1503; Yarsuvat, s. 105.

⁷⁸ Erem, *Adliye*, s. 78; Yarsuvat, s. 106.

⁷⁹ Yarsuvat, s. 106.

⁸⁰ Yarsuvat, s. 105.

söyleme) ödevi güvence altına alınmak istenmiştir.⁸¹ Gerçekten sözü edilen kanun hükmü uyarınca, "... adliye huzuruna davet olunarak hakikata mûgayir rey ve malûmat veren ehlihibre..., yalan yere tanıklık edenlere özgü cezalarla cezalandırılır"; yani, Türk Ceza Kanunu'nun 286 ve 289. maddeleri bilirkişilere de uygulanır".⁸² Bu suç da, adliyeye karşı işlenen suçlar arasında yer almaktadır.

Bilirkişinin gerçeğe aykırı bildirimde bulunma veya rapor verme eylemini, usulüne uygun olarak kendisini bilirkişi sıfatıyla davet etmeye ve bu sıfatla dinlemeye yetkili olan bir adli makam huzurunda kanunun değişimiyle "ehlihibre istimaina selahiyattar bir memur veya heyet huzurunda" işlemiş olması gerekir.

Suçun maddi unsurunu, bilirkişinin gerçek dışı bildirimde (hilafı hakikat beyanda veya mütalaada) bulunması oluşturur. Gerçeğe aykırı bildirimde bulunmaktan maksat, doğru olmayanı, doğruymuş gibi göstermek veya doğru olanı, yanlış aksettirmektedir.⁸³ Failin cezalandırılabilmesi, bilirkişinin hükme etkili olması şartına bağlı değildir; bu durum hukuk davaları açısından da geçerlilik taşır.⁸⁴

Bilirkişilerce, gerçeğe aykırı biçimde raporun düzenlenip mahkemeye verilmesinden sonraki evrede, kamu davasının imkansızlığı anlaşılacak olursa, sözü edilen rapor verme eylemi, Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesinde öngörülen suça vücut vermez.⁸⁵ Çünkü, gerçeğe aykırı bildirimde bulunma, adli faaliyeti tümüyle yanlış yöne sevk edeceği için suç sayılmıştır; adliyenin dava açmaya esasen yetkili olmadığı hallerde, onun yanıltıldığından zaten söz edilemez.⁸⁶

Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesinde öngörülen suç, bilirkişinin gerçeğe aykırı bildirimde bulunduğu anda yani gerçeğe aykırı raporunu

⁸¹ Şengün, s. 461; Tanrıver, s. 49.

⁸² Şengün, s. 461; "Hukuk davasına konu inşaat üzerine keşif yapıp uzman bilirkişilere inceletilerek, katılanın iddia ettiğinin araştırılmasının sanık tarafından düzenlenen raporun gerçeğe uygun olup olmadığının saptanması ve sonucu göre eylemin TCY'nin 290. maddesine girip girmediğinin tartışılması gerekirken eksik soruşturma ve gerekçeyle karar verilmesi ..." (4. CD., 1.6.1999, 4641/5302, Taşdemir/Özkepir s. 658); "... sınırları belirli taşınmazdaki ağaç miktarını gerçeğe aykırı olarak az gösteren bilirkişinin eyleminin TCY'nin 290. maddesine uyduğunun gözetilmemesi, yasaya aykırı olup eylem TCY'nin 230. maddesine uygun değildir" (4. CD., 3.4.1991, 182/2025; Günay, s. 265).

⁸³ Erem, *Adliye*, s. 32; Erem, F., *Yalan Şahadet, Hakikate Aykırı Bilirkişilik ve Tercümanlık (AÜHFĐ., 1954/3-4, s. 42-59)*, s. 46; Şengün, s. 462.

⁸⁴ Erem, *Adliye*, s. 31; Şengün, s. 462.

⁸⁵ Erem, *Adliye*, s. 32; Erem, *Yalan Şahadet*, s. 46.

⁸⁶ Erem, *Adliye*, s. 32; Erem-Yalan Şahadet s. 46.

merciine ibraz ettiği anda tamamlanmış olur; sözü edilen suçun tekemmülü için adliye veya bir kimseye zarar verilmiş olması şart değildir.⁸⁷ Gerçek dışı bildirim, sanığın lehine veya aleyhine bir durum yaratmasının da, bu bağlamda herhangi bir önemi yoktur.⁸⁸

Sonuçlarını bilerek ve isteyerek gerçeğe aykırı bildirimde bulunma veya rapor verme Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesinde öngörülmüş olan suçun manevi unsurunu oluşturur; saikin bu bağlamda hiç bir önemi bulunmamaktadır.⁸⁹ Dikkatsizlik veya ihmal yüzünden yani taksirli olarak beyanda bulunma halleri kastın kapsamı dışında kalır.⁹⁰ Bu durumda, bilirkişinin kendi bilgi ve değerlendirmesine göre bildireceği oy veya görüşün hatalı bir nitelik taşıyor olması, kastının bulunmaması halinde, anılan suçun oluşumuna vücut vermeyecektir. Sözü edilen suçun oluşumu bakımından, bilirkişinin yeminli veya yeminsiz dinlenmiş ya da beyanda bulunmuş olması arasında kanunda herhangi bir ayırım gözetilmemiştir; ancak ceza yargısı bağlamında bilirkişinin yeminsiz dinlenmiş olması ve görüş beyan etmesi bir hafifletici neden sayılmıştır (TCK m. 281, IV).⁹¹ Yine, gerçeğe aykırı bildirimde bulunan bilirkişi, çağrılması gerekmeyen veya çekilmeye hakkı bulunan kimselerden olduğu halde, mahkemece kendilerine çekinebilecekleri ihtar yapılmamışsa, ceza verilemez (TCK m. 288, I/2). Bunun dışında, gerçeğe aykırı bildirimde bulunan bilirkişi, hükmün bildirilmesinden önce beyanından dönerek gerçeği açıklamış; yani faal nedamet vukuu bulmuşsa, somut durumun özelliklerine göre, cezası indirilebileceği gibi tamamen de kaldırılabilir (TCK m. 289). Faal nedamet cezası tümüyle kaldırıcı etkisi ceza davalarıyla sınırlıdır. Buna karşılık, hukuk davalarında ise faal nedamet, ilişkin bulunduğu dava sonucunda verilen hükmün bildirilmesine kadar geçen zaman kesiti içinde vuku bulmak kaydıyla, cezası kaldırmaz sadece azaltır.⁹²

Gerçeğe aykırı bildirimde bulunulması ya da rapor verilmesi, üç seneden fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir cürümün tahkikat ve yargılaması sırasında vuku bulmuşsa, bilirkişiye verilen ceza artırılır; ona verilecek cezanın alt sınırı üç yıl üst sınırı ise on yıl ağır hapistir. Eğer gerçek dışı bilirkişi raporu, sanığa müebbet hapis cezası verilmesine neden olmuşsa, sözü edilen eylemi gerçekleştiren bilirkişiye verilecek ceza on beş yıldan az olamaz, hükme esas alınmış bulunan gerçeğe aykırı bilirkişi raporu nedeniyle sanık ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına çarptırılmış-

⁸⁷ Erem, *Adliye*, s. 33; Erem, *Yalan Şahadet*, s. 47; Şengün, s. 462.

⁸⁸ Şengün, s. 462.

⁸⁹ Erem, *Yalan Şahadet*, s. 48; Erem, *Adliye*, s. 34-35; Şengün, s. 462.

⁹⁰ Şengün, s. 462.

⁹¹ Şengün, s. 462.

⁹² Şengün, s. 462.

sa, gerçeğe aykırı bildirimde bulunmuş veya rapor vermiş olan bilirkişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezası verilir (TCK m.290; m. 286, II, III).

Sözü edilen şiddet sebebi, doğası gereği, yalnızca ceza davalarına münhasırdır; bu tür davalarda da, kabahatler ile üç seneden az hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren cürümler bakımından şiddet sebebi işlerlik kazanamaz.

1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni Türk Ceza Kanunu'nun 276. maddesinin 1. fıkrasında, bilirkişinin gerçeğe aykırı bildirimde bulunması, halihazırdaki Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesinde yer alan düzenlemeyle paralellik gösterecek şekilde bir suç olarak öngörülmüştür. Yeni Ceza Kanunu'nun 276. maddesinin 1. fıkrasına göre, yargı mercileri veya suçtan dolayı kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi ve kurul tarafından görevlendirilen bilirkişinin, gerçeğe aykırı mütalaada bulunması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Suçun kanuni unsurları (maddi ve manevi unsurunun) bağlamında, bu yeni düzenleme ile eski düzenlemenin büyük ölçüde örtüştüğü de söylenebilir. Yeni düzenlemede, hali hazırdaki düzenlemede yer alan "*ehlilibre istimana selahiyattar memur veya heyet*" ibaresine, doktrinde bu bağlamda yapılan eleştirilere uygun olarak açıklık getirilmiştir. Buna göre, bilirkişinin, kendisini görevlendiren yargı mercilerinin yanı sıra suçtan dolayı soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinleme yetkisine sahip kişi ya da kurul huzurunda gerçek dışı oy ve görüş bildiriminde bulunması halinde de, Kanun'un 276. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen suç vücut bulacaktır. Yeni yasal düzenleme ile, ceza bağlamında, halihazırdaki kanundakinden farklı olarak yalan tanıklık ve yalan yere yemin etmek suçlarıyla herhangi bir ilişki kurulmadan, değişkenlikten uzak bir biçimde alt sınırı bir yıl; üst sınırı ise üç yıl olan tek tip ceza verileceği esası benimsenmiştir.

Bunların dışında, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na göre, bilirkişinin, hükme etkili olacak surette mahkum aleyhine ya da sanık veya mahkum lehine kasıt veya ihmal ile gerçeğe aykırı olarak rapor vermesi veya görüş bildirmesi, bir yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmıştır (CMUK m. 327/2, 330/2).

Halihazırdaki Ceza Kanunu, ayrıca, yalancı bilirkişi tedarikini de, müstakil bir suç saymıştır (TCK m. 291). Yine, müdafinin kabul ettiği bir davada, bilirkişinin sahabetini (korumasını) istihsal etmek veya ona mükafat eylemek bahanesiyle müvekkilinden para ve sair eşya alması da suçtur (TCK m. 295).

Sözü edilen suçlar, Yeni Ceza Kanunu'nda yer almamaktadır. Yeni Ceza Kanunu'na göre, bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar, bilirkişileri etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunmak suçtur; suç teşkil eden eylemi işleyen kişiye de, 6 aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir. Sözü edilen suçun basın veya yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek olan ceza, yarı oranında artırılır (Yeni TCK m. 288). *“Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs”* başlığı altında düzenlenen bu suçun, halihazırdaki Kanun'un 291 ve 295. maddelerinde öngörülen suçları karşıladığı söylenemez. Ayrıca, bilirkişi ile adil yargılanma arasında doğrudan bir ilişki de mevcut değildir.

Burada, son olarak, 5020 sayılı Bankalar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1 ve 2. maddeleriyle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 286., Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun ise 76. maddesine, genel norm şeklinde bir eklemede bulunmak suretiyle ihdas edilmiş olan suç türü üzerinde durmakta yarar vardır. Anılan yasal düzenleme, *“Mahkemeye sunulan bilirkişi raporunun maddi olgu ve fiili gerçeklerle bağdaşmadığı yönünde kuvvetli emare ve şüphelerin bulunduğu kanaatine ulaşıldığı takdirde, bu bilirkişiler hakkında diğer kanunlardaki hukuki ve cezai sorumluluklar saklı kalmak şartıyla 19.04.1990 tarihli ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu hükümleri uyarınca işlem yapılmak üzere dava dosyasının tasdikli bir örneği yetkili Cumhuriyet Savcılığı'na gönderilir”* şeklindedir. Bu norm, genel bir normdur ve sözü edilen normun uygulama alanını bankalarla, ilgili olarak mahkemelere sunulmuş bulunan bilirkişi raporları ile sınırlandırmaya da imkan yoktur. Şöyle ki; anılan norm ile ihdas edilen suçun işlerlik kazanacağı alan, sadece bankalarla ilgili bilirkişi raporları ile sınırlı kalsaydı, ya bu hususa sözü edilen düzenlemede, bankalarla ilgili olduğuna dair bir kayıt düşülmek suretiyle açıkça işaret edilirdi; yahutta usul kanunlarına değil de; Bankalar Kanunu'na bir ilavede bulunulmak suretiyle bu irade açıkça ortaya konulurdu. Nitekim, madde gerekçesinde de, kendisine işaret edilen ceza normunun genel bir ceza normu niteliği taşıdığına; uygulama alanının yalnızca bankalarla ilgili olarak mahkemeye sunulan bilirkişi raporlarıyla sınırlı kalmadığına açıkça temas edilmiştir.⁹³

⁹³ 5020 sayılı Kanun'un 1 ve 2. maddelerinin, madde gerekçeleri aynen şöyledir: “Maddeyle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 286. maddesine fıkra eklenerek, mahkemeye sunulan bilirkişi raporunun maddi olgu ve fiili gerçeklerle bağdaşmadığı yönünde kuvvetli emare ve şüphelerin bulunduğu kanaatine ulaşıldığı takdirde, bu bilirkişiler hakkında diğer kanunlardaki hukuki ve cezai sorumluluklar saklı kalmak şartıyla, 19.4.1990 tarihli ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu hükümleri uyarınca işlem yapılmak üzere dava dosyasının tasdikli bir örneğinin yetkili Cumhuriyet savcılığına gönderilmesi öngö-

Mahkemeye sunulan bilirkişi raporunun maddi olgu ve fiili gerçeklerle bağdaşmaması suçu, nitelik itibarıyla, halihazırdaki Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesinde yer alan gerçeğe aykırı oy ve görüş bildirme (rapor tanzim etme) suçunun, farklı bir dille tanımlanmasından başka bir şey değildir. Bu durumda, 5020 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeden sonra, ceza hukukunun evrensel ilkeleri arasında yer alan, "Aynı fiilden ötürü, bir kimse ancak bir kez yargılanabilir ve hakkında bir kez hüküm verilebilir" (cezalandırılabilir), şeklinde ifade edilen "ne bis idem" kuralı ihlal edilmiştir. Çünkü, esas itibarıyla, gerçeğe aykırı oy ve görüş bildirme biçiminde beliren eylemden dolayı, bilirkişi hakkında hem Türk Ceza Kanunu'nun 290. maddesi uyarınca hem de 3628 sayılı Kanun hükümleri uyarınca işlem yapılması söz konusu olabilecektir.

Bu belirtilen durum dışında, 5020 sayılı Kanun ile yaratılan ve bilirkişinin raporunun maddi olgu ve fiili gerçeklerle bağdaşmadığı şeklinde tanımlanan suç, ceza hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan "belirlilik", "açıklık" ve "kesinlik" ilkelerini gerçekleştirmekten yoksun bulunduğu için, bilirkişi güvenliğini tehdit eder bir nitelik taşımaktadır. Çünkü, rapor aleyhine olan kişinin, her zaman, raporun, maddi olgu ve fiili gerçeklerle bağdaşmadığı şeklinde bir iddiada bulunmak suretiyle, bilirkişinin, rapor tanziminden önceki evreye kadar malvarlığında husule gelmiş olan artışların sorgulanmasını ve bilirkişinin bu artışı izah etme ve gerekçelendirme yükümü ile karşı karşıya bırakılmasını sağlaması her zaman mümkündür. 3628 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre, kanuna veya ahlaka uygun olarak sağlandığı ispat edilmeyen mallar veya ilgilinin sosyal yaşantısı bakımından geliriyle uygun olduğu kabul edilemeyecek harcamalar şeklinde ortaya çıkan artışlar, bu Kanun'un uygulamasında haksız mal edinme sayılır; 5. maddesine göre de, ilgiliye üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile muayyen bir miktar ağır para cezası verilir ve ayrıca edindiği bu mallar müsadere edilir (m. 14); ilgili, ömür boyu kamu hizmetinden yasaklanma cezasına da çarptırılır (m. 15). Bu durumda, 5020 sayılı Kanun'da tanımlanan isnatla karşı karşıya kalan bir bilirkişi, rapor tanzimine kadar olan evrede malvarlığında bir takım artışlar husule gelmiş ve bu artışların gerekçelerini ortaya koyamamışsa, hakkında 3628 sayılı Kanun'un 13, 14 ve 15. maddeleri uyarınca işlem yapılır. Öte yandan, bilirkişiyi görevlendiren adli organ, görevlendirme yazısında, çoğu kere bilirkişinin görev alanının sınırları açık ve kesin bir dille çizmediği, bir başka ifade ile hangi maddi vakıalar hakkında

rülmek suretiyle, kamuoyunda da yüksek sesle dile getirilen ve rahatsızlık duyulan bilirkişi yolsuzluğu ve kirlenmesinin önüne geçilmesi amaçlanmış, çözümü teknik ve ayrıntılı bilimsel inceleme ve bilgiyi gerektiren konuların çözümünde yargılamaya yardımcı olan bilirkişi faaliyetlerinin maddi olgu ve fiili gerçeklere uygun olarak tarafsız ve objektif olarak yürütülmesi teminat altına alınmıştır".

bilirkişinin oy ve görüşüne başvurulduğunu açıkça ortaya koymayıp; *“iddia ve müdafaa çerçevesinde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına”*, şeklinde genel bir ifadeye yer vermekle yetindiği için; bilirkişilerin, düzenlenen raporun maddi olgu ve fiili gerçeklerle bağdaşmadığı yönünde bir isnatla karşı karşıya kalması ve haklarında 3628 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde işlem yapılması her zaman söz konusu olabilir.

Sonuç olarak, 5020 sayılı Kanunla yaratılmış olan suç, bilirkişilik kurumuna büyük bir darbe vurmuş; iyi niyetli, dürüst ve konusunda gerçekten uzman olan kişileri de, bilirkişilik yapamaz bir hale getirmiştir. İşaret edilen bu gerekçelerle, 5020 sayılı Kanun’la yaratılmış olan suçun bir an önce kaldırılması; bu bağlamda yeterince bir emniyet sübabı olma işlevini yerine getiren Türk Ceza Kanunu’nun 290. maddesindeki (Yeni TCK m. 276) düzenleme ile yetinilmesi, bilirkişilik kurumunun geleceği açısından daha isabetli ve tutarlı bir davranış biçimi olur. Çünkü, 5020 sayılı Kanun’da yaratılmış olan suç, bilirkişilik kurumunun kötüye kullanılmasının önlenmesinin sağlanması amacıyla aşmış ve bu kurumun önemli ölçüde işlevselliğini kaybetmesine sebebiyet vermiştir.

HUKUKÇU EĞİTİMİNDE BİR DENEK TAŞI “RADBRUCH FORMÜLÜ”

Hayrettin ÖKÇESİZ*

I

“*Pectus facit jurisconsultum (hukukçuyu cesareti gösterir)*”.¹ Buradaki bildirimde eksen olarak aldığım ilkenin müellifi Gustav Radbruch 1945 Eylülünde Rhein-Neckar-Zeitung’da yayımladığı ve “*Beş Dakika Hukuk Felsefesi*” adını verdiği iki sayfalık bir credo metninde, “*Üçüncü Dakika*”da şunları söylüyor;²

“*Yasalar adalet istencini bilinçli olarak yadsıyorsa, örneğin; İnsan Hakları’nı sağlamakta keyfilik içeriyor ve yetersiz kalıyorsa, o zaman bu yasaların geçerliliği yoktur, o zaman halk bunlara itaat borçlu değildir, o zaman hukukçular da kendilerinde, bu yasaların hukukilik karakterinin bulunmadığını söylemek cesaretini bulmalıdır.*”

Hukukçunun eğitiminde “*Cesaret*”in; adalete cesaretin ve haksızlığa karşı koymak cesaretinin onun kimliğinin ve kişiliğinin ana hattı olduğunu söylemeliyim. Adalete cesaret hukukçunun kimliğinin ve kişiliğinin ana hattı olacaksa, o bunun için gereken her şeyi kaybetmeye de manen hazır olacaktır. Onun tinsel ve duyumsal donanımı bu yüksek bilinci taşımaya yeterli bir düzeyde bulunmalıdır. Her yurttaş için söyleyebileceğim bu sözler, elbette bir yurttaş olarak, hukukçu için de söylenebilir. Dikkatlerimiz hukukçulara özellikle çevriliyor. Önde olmaları gereken yerde arkada kalmamalarını diliyoruz!

Buradaki yaklaşımı toplantı başlığındaki “*hukukçunun eğitimi*” ekseninde biçimlendirmeye çalışacağım. Hukukçunun gerçek eğitiminin “*hukuk öğretimi*” ile başarılabilirliğini düşünüyorum. Hukuka hakim bir hukuk-

¹ Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

¹ Detlef Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, Darmstadt 1982, s.153.

² Gustav Radbruch, “*Beş Dakika Hukuk Felsefesi*”, by., *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, (Haz., H. Ökçesiz), İstanbul 1997 s. 66 vd.

çunun asla “eğitilemeyeceğini” de söylemeliyim. “Bilgelik” ve “gerçek”le bu denli iç içe olan bir uğraş alanının öğrencisinin başka ne ile eğitilebileceğini doğrusu sormak isterim. Şu halde “doğru” hukuku bilmenin ve öğretmenin tüm gerekleri ve sonuçları hukukçunun eğitiminin de omurgasını oluşturmaktadır.

II

Sandkühler’e göre,³ Weimar Cumhuriyeti ve faşizmin başlangıcı dönemleri ile bu deneyimlere dayalı olarak 1945 sonrasında hukuk, anayasa ve devlet anlayışlarını temelde etkileyen iki ayrı hukuk felsefesi ortaya çıkmıştır; Hans Kelsen’in “saf hukuk kuramı” ile Gustav Radbruch’un “hukuk felsefesi”. Hans Kelsen’in pozitivist saf hukuk kuramı kendi deyimleriyle pozitif hukukun kuramıdır. Genel hukuk kuramıdır. Hukukun yalnızca ne olduğunu ve nasıl olduğunu ortaya koymaya çalışır. Onun olması gereken içeriğiyle ya da nasıl yapılması gerektiğiyle uğraşmaz. Onun kuramı Hukuk Politikası değil, Hukuk Bilimi’dir. Saf hukuk kuramı hukuk bilimini yabancı tüm unsurlardan arındırmayı amaçlar. Saf hukuk kuramı temellendirmesi hukukun, ulusal devleti evcilleştiren bir evrensel meşruluk idesinde doruk noktasına ulaşır. Bu ide merkezi bir dünya hukuk düzeninin örgütsel birliği bakımından küçümsenmeyecek bir önkoşuldur. Buna karşın Radbruch için, çağdaş toplumlarda boşluksuz ve herkes için açık seçik bir doğru davranış normları sistemi artık kabul edilebilir bir şey değildir. Ama aynı zamanda hukuksal olanın ne olduğu hakkında bir karara da ihtiyaç olacaktır; hiç kimse neyin adil olduğunu saptayamıyorsa, o zaman birisi neyin hukuksal olduğunu ortaya koymalıdır. Hukuksal pozitivizmi eleştirirken Radbruch, devletin koyduğu normları değerlendirebilmek için hukuksal ölçütlere ve hukukun değerlendirilebilmesi için de bir adalet ölçütüne ihtiyaç olduğunu söyler. Her türlü içeriğin bir yasa normu olabileceğini söyleyen hukuk anlayışı ile her yasa normunun bir asgari etik meşruluk kalitesini taşıması gerektiğine ilişkin hukuk düşüncesi arasında burada ele almaya çalıştığım ilginç bir “hukukçunun eğitimi sorunu”nun yattığı söylenebilir. Bana göre bu bir sorun olmayıp, hukukçu eğitiminin denek taşıdır. Gustav Radbruch “Yasal Haksızlık ve Yasa üstü Hukuk (Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht)” adlı yazısında her yurttaşın ama hukukçunun da sınındığı bir noktaya getirir tartışmayı ve şunları söyler;⁴

³ Hans Jörg Sandkühler, *Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert*; Hans Kelsen und Gustav Radbruch, by., Studiengang Philosophie der Universität Bremen, *Kommentiertes Vorlesungsverzeichnis WS 1999/2000*, <http://www.philosophie.uni-bremen.de/v99/v99w-415.htm>

⁴ Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*, by., aynı yazar, *Rechtsphilosophie*, hazırlayanlar: Erik Wolf, Hans-Peter Schneider, 8. baskı, Stuttgart 1973, s. 345 vd.

“ ‘Yasa yasadır’ inancıyla pozitivizm gerçekte Alman hukukçularını, keyfi ve suç işlercesine bir içeriğe sahip yasalara karşı savunmasız bırakmıştır. Bu bakımdan pozitivizm yasaların geçerliğini temellendirecek bir özgüce asla sahip değildir. O, bir yasanın, geçerliğini, kendini uygulatmak iktidarına sahip bulunmuş olmakla, kanıtladığına inanmaktadır. Fakat iktidarla belki bir uymak zorunluluğu açıklanabilir, ancak bir ‘olması gereken’, bir ‘geçerli olmak’ asla temellendirilemez. Bu, daha çok yasanın özünde yerleşik bulunan bir değere dayanabilir. Elbette, her pozitif yasa, kendi içeriğine bakılmaksızın, belirli bir değer taşımaktadır; Onun varlığı, hiçbir yasa bulunmamasından daha iyidir, çünkü en azından bir hukuk güvenliği sağlamaktadır. Ancak hukuk güvenliği, hukukun gerçekleştirilmesi gereken tek ve belirleyici değeri değildir. Hukuk güvenliği yanında daha çok, iki başka değer daha yer almaktadır; amaca uygunluk ve adalet. Bu değerler hiyerarşisinde hukukun kamu yararı bakımından amaca uygunluğunu en son yere koymalıyız. Hukuk asla ‘halka yararlı olan’ her şey demek değildir, aksine halka sonunda ancak, güvenliğini sağlayan ve adalete yönelik bir hukuk yararlı olabilir (...) Adalet ve hukuk güvenliği arasındaki uzlaşmazlık, koyma ve güç yoluyla güvenceye alınmış pozitif hukukun, içerik bakımından haksız ve amaca uygunsuz olsa dahi öncelik taşımasıyla çözülebilir, meğer ki pozitif yasanın adaletle olan çelişkisi, ‘yanlış yasa’ olarak, adalet karşısında geri adım atmasını zorunlu kılacak derecede katlanılmaz bir ölçüye varmış olsun. Yasal haksızlık durumları ile yanlış içeriğine rağmen geçerli yasalar arasında kesin bir sınır çizmek olanaksızdır. Ancak bir yerde kesin bir sınır çizilebilir; adaletin amaçlanmadığı, adaletin özünü niteleyen eşitliğin pozitif hukuk yapılırken bilinçli olarak yadsındığı yerde yasa, yalnızca ‘yanlış hukuk’ değil, daha çok her türlü hukuk olma doğasından yoksundur. Çünkü hukuk ve elbette pozitif hukuk da, amaçları bakımından adalete hizmet etmekle belirlenmiş bir düzen ve kural koyma olmaktan başka bir şey olarak tanımlanamaz.”

Filozof’un bu sözlerini derslerimde öğrencilerime tanıttıktan sonra, kimi sınavlarda şu metni dağıtır ve aşağıdaki soruları, irdelemeleri için sorardım;

“Alman Federal Mahkemesi ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi birçok ilke kararında ‘Radbruch formülü’ olarak anılan bir ölçütü benimsemiştir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin 14.2.1968 tarihli, vatandaşlık ile ilgili bir kararında (Başka ülkelere sığınan Yahudilerin Alman Devleti yurttaşlığı irksal nedenlerle ellerinden alınmıştı) bu ilke şöyle ifade edilmiştir;

‘1. Nasyonel sosyalist hukuk kurallarının hukuk olarak geçerliliği, bunları uygulamak ya da sonuçlarını tanımak isteyen yargıcın hukuk yerine bir haksızlık hükmü vermiş olacağı derecesinde adaletin temel ilkelerine açık biçimde ters düşmesi durumunda reddedilebilir. 2. İmparatorluk Vatandaşlık Yasası’nın 11.11.1941 tarihli (RGB 1 I, 772) on birinci kararnamesinde adaletle olan çelişki öylesine katlanılmaz bir dereceye ulaşmıştır ki, bu kuralın başlangıçtan beri yok sayılması

zorunludur. 3. hukukun kurucu temel ilkelerine açıkça ters düşen bir yasal haksızlık uygulanmakla ve kendisine uyulmakla hukuk olmak özelliğini kazanmaz.' (BVerfGE 23, 98; Ralf Dreier, *Der Begriff des Rechts*, by., aynı yazar, *Recht - Staat - Vernunft*, Frankfurt / M 1991, s. 100'den naklen)

Sorular:

1. Yukarıdaki durumda yargıç nasıl bir hukuk-metodolojik yol izlemiştir?
2. Türk Hukuk Sistemi'nde böyle bir kararın verilebilmesi mümkün müdür?
3. Yukarıdaki metinde, bir pozitif hukuk normunun hukuk olmak özelliğini yitirdiği yargısına götüren koşul nedir? Bu koşulun aranması niçin zorunludur?"

Hukuk fakültesindeki öğrenimlerinin neredeyse sonuna gelmiş olan bu öğrencilerim verdikleri yanıtlarında çoğunlukla kaygılı bir pozitivist tutumu sergilerlerdi.

Oysa 1933 yılında toplama kampında aylar geçiren, savaş sonrası Başsavcı olarak Nazi suçlarına karşı savaş açmış olan, ceza hukukunun liberalleştirilmesi, suçluların yeniden sosyalleştirilmesi ve direnme hakkının savunucusu bir hukukçu Fritz Bauer, daha öğrencisi iken kendisinden çok etkilendiği Adalet Bakanı Radbruch'un bu sözlerini ve yargı içtihadının bu yöndeki formülünü yarı yolda kalmış olmakla eleştirir.⁵ Ona göre bir doğal hukukun varlığını onaylayan kimse, doğal hukuku ihlal ettiklerinde insanların bir haksızlığın bilincinde oldukları sonucunu çıkarmak zorundadır. Doğal hukuka aykırı bir Nazi normunu uygulayan bir yargıç, hukuku kasıtlı olarak saptırmış olur. 1998 yılında Alman Anayasa Mahkemesi ölçüsüz biçimde yüksek cezalar vermiş olan bir Doğu Alman yargıcının hukuku kötüye kullanma ile mahkumiyetini onaylamıştır. Sınır muhafızları davalarında bu haksız normlar karşısında -nulla poena- buyruğunun içerdiği güven ilkesi dahi geçerlilik taşıyamamıştır. Bu davalarda Alman Federal Mahkemesi açık biçimde Radbruch formülüne dayanmıştır.

Yargıçlarımızdan adet olduğu üzere sözde "kantçı" bir yaklaşımla kimi zaman kamuya açık, kimi zaman kişisel söyleşilerde sıkça şu sözleri duyarız; "Ben de karşıyım, ama yasa böyle emrediyor. Uygulamak zorundayım". "Bağırma taş basarım, babam olsa asarım." Onlar hukuka aykırı buldukları bir normu eleştirmeyi, ama yasa koyucu tarafından yürürlükten kaldırılıncaya kadar koşulsuz itaati meslek ve yurttaşlık görevi sayarlar. Bu kanıları nedeniyle bir gün Doğu Alman ya da Nazi yargıçlarının durumuna düşmekten asla kurtulamayacaklarını öngöremezler.

⁵ Ulrich Ernst, *Das Recht vom Himmel Holen*. Eine Auswahl aus Fritz Bauers Schriften, by., Neue Zürcher Zeitung, <http://www.amazon.de/exec/obidos/tg/stores/detail/-/books/35933584217/reviews/ref=c>

Yurttaşların haksız dahi olsalar yasalara itaat görevi varsa, yargıçların da bu haksız yasalara karşı direnmek hakları ve görevleri vardır. Yargıçlar bu haklarını kullanmazlar, bu görevlerini idrak edemezler ise, yurttaşlar onların yerlerine geçerler. Yargıcın hukuk yaratmak işlevi işte burada, bu eleştirel tutumda gerçek anlamını bulur. O kendisinde bu cesareti bulmalı, bu sorumluluğu yüklenmelidir. Bunun için ise, tüm yurttaşlara güvencesini vereceği şeyi, özgürlüğünü almalıdır. Nemo dat, quod non habet (kimse kendisinde olmayan şeyi başkasına veremez).⁶

Sorumluluk yükleyen ve özgürlük getiren bu cesaret Aydınlanma Felsefesi'nin anahtar sloganı olan *sapere aude*'dir.⁷ "*Hukuk ve Ussallık*" adlı makalesinin son cümlesi olarak Kaufmann şu soruyu soruyor: Burada tartışılan bütün bu rasyonelliğin ya da ussallığın özü nedir? Ardından Kant'ın "*Pragmatik Bakımdan Antropoloji*" adlı eserinde saydığı şu ilkeleri buna yanıt olarak veriyor:

"1. Bağımsız düşünmek,

2. Kendini (insanlarla iletişim içerisinde) her bir başka kimsenin yerine koyarak düşünmek,

3. Daima kendisiyle, çelişmeksizin uyum içerisinde düşünmek."⁸

Bu ilkelere dayalı *sapere aude* -kendi aklını kullanma cesareti-, bu yüzden yoğun ve sürekli bir araştırmayı ve tefekkürü de hukukçu için zorunlu kılmaktadır. Kendi maişeti ya da müvekkilinin çıkarı için akıl yürütmek hukukça düşünmek değildir. Özgür ve bağımsız düşünmenin niteliği üzerine, ne yazık ki sahibini anımsayamadığım, şu sözü burada iletmek isterim; "*Bağımsız, özgür, gerçek düşünce, sahibini tehlikeye sokan düşüncedir.*" Hukukun hakikat ile olan ilişkisinde hukukçunun böyle bir tehlikeye istekli olması gerekiyor.

III

Biraz önce, hukukçunun eğitiminin ancak ve yalnızca hukukun öğretimi ile mümkün olduğunu söylemişim. Buradan ilk yapmam gereken çıkarsama, hukuk öğrencisini, hukuk düşüncesine aykırı ve yabancı eğitim hedefleri ile yüklememektir. Hukukun adalete yöneldiğini söylediğimizde,

⁶ D. Liebs, *a.g.y.* s. 129.

⁷ Bkz., Immanuel Kant, "*Aydınlanma Nedir?*" *Sorusuna Yanıt* (1784), çev: Nejat Bozkurt, by., I. Kant, *Seçilmiş Yazılar*, İstanbul 1984, s. 213.

⁸ Arthur Kaufmann, *Recht und Rationalität. Gedanken beim Wiederlesen der Schriften von Werner Maihofer*, by., *Rechtsstaat und Menschenwürde*, FS für Werner Maihofer, haz.: A. Kaufmann/E.-J. Mestmaecker/H. F. Zacher, Frankfurt/M 1988, s. 39.

hukukçuya bunun dışında bir sosyal ve mesleki hedef atfedemeyiz. Şu halde tüm hukukçu eğitimi, hukuk öğrencisine adalet üzerine bilmeyi ve düşünmeyi, bildiği ve bulduğu adaleti kararlarında kusursuz yansıtabilmeyi öğretmelidir.

Biraz önce uzunca bir alıntıda ilettiğim Radbruch Formülü'nü⁹ tekrarlayarak, hukukçu eğitiminin bu anlamda çok önemli bir denek taşıyabileceğini söyleyebiliriz.

“Adalet ve hukuk güvenliği arasındaki uzlaşmazlık; koyma ve güç yoluyla güvenceye alınmış pozitif hukukun, içerik bakımından haksız ve amaca uygunsuz olsa dahi öncelik taşımasıyla çözülebilir, meğer ki pozitif yasanın adaletle olan çelişkisi; ‘yanlış yasa’ olarak, adalet karşısında geri adım atmasını zorunlu kılacak derecede katlanılmaz bir ölçüye varmış olsun. Yasal haksızlık durumları ile yanlış içeriğine rağmen geçerli yasalar arasında kesin bir sınır çizmek olanaksızdır. Ancak bir yerde kesin bir sınır çizilebilir; adaletin amaçlanmadığı, adaletin özünü niteleyen eşitliğin pozitif hukuk yapılırken bilinçli olarak yadsındığı yerde yasa, yalnızca ‘yanlış hukuk’ değil, daha çok her türlü hukuk olma doğasından yoksundur. Çünkü hukuk ve elbette pozitif hukuk da, amaçları bakımından adalete hizmet etmekle belirlenmiş bir düzen ve kural koyma olmaktan başka bir şey olarak tanımlanamaz.”

Adaletin aslında daima istikrar getirdiğini, ama adaleti ağır biçimde ihmal eden her istikrar düşüncesinin, kendisiyle sakınılmak istenen istikrarsızlıktan daha vahim bir istikrarsızlığa yol açabileceğini bir hukukçu özellikle bugünün siyasal ortamında çok daha yoğun bir bilinçle görebilmelidir.¹⁰

Hukukçu eğitiminde öğrenciye kazandırılması gereken ilk hukuk aydınlanması, meslek yaşamı boyunca hep karşılaşıacağı, ama belki başka türlü kolaylıkla göremeyeceği bu çelişki ile onun trajik bağlamı üzerine tartışmaktır.

Burada daha fazla gecikmeden söylemeliyim ki, benim burada hukukçu olarak merkeze yerleştirdiğim özne; başkaları, hatta “öteki”leri hakkında, onların canları ve malları üzerinde sonuçlar doğurabilecek ve kamunun kaba gücüyle yaptırım altına alınmış kararları veren hukukçulardır. Bu hu-

⁹ Burada ayrıntılarına giremediğim “Radbruch Formülü” için bkz., Arthur Kaufmann, *Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht*, by., NJW, 1995, 81; Helmut Lecheler, *Unrecht in Gesetzesform? Gedanken zur “Radbruch’schen Formel”*, Berlin New York 1994; Knut Seidel, *Rechtsphilosophische Aspekte der “Mauerschützen” -Prozesse*, Berlin 1999.

¹⁰ Anayasal bir buyruk olan (m. 67) “temsilde adalet”i küçümseyen bir “yönetimde istikrar” miyopluğu ile malul bir seçim yasınının yaratacağı krizin hukuk ve siyaset barışına vereceği ağır tahribatı bu bağlamda düşünebiliriz.

kukçular için ben “Radbruch Formülü”nü bir denek taşı olarak görmekteyim. Bu formül üzerine düşündüklerini bize açıklarken biraz önce betimlediğim konumdaki bir hukukçu, kendi çapını ve ufkunu aşık edecektir. Antik Felsefe’nin dört büyük erdeminin (bilgelik, cesaret, ölçülülük, adalet) ve ardından gelen yüzyıllarda eklenen diğer üç erdem (sevgi, umut, inanç)¹¹ tecessüm edeceği bir kuramsal ve kılışsal varoluş mecrasında o, başarı ve başarısızlığını bize bu yolla gösterecektir.

IV

Kelsen’ci çizgide küreselleşen bir hukuk dünyasında hukuk üzerine düşünmenin rafa kaldırıldığı, yeni bir yasa devletine sarmal bir dönüşün yaşandığı bu yüzyılın başında, Fransız İhtilali’nden sonra gündeme gelen biçimsel rasyonelliğin bugün yine aynı güçte bir insan hakları rüzgarından sonra devlet ve hukuk yaşamımızı belirlemeye başladığını görüyorum. Devlet ve hukuk yeniden kendi felsefesini bulmuş ve onu bu temelde dogmalaştırarak yeni bir pozitivist raya sokmuştur. Hukuk felsefesinin kalelerinden olan Almanya’da -Kimi Alman meslektaşlarımdan öğrendiğim kadarıyla- hükümetlerin tasarrufa ilk olarak hukuk felsefesi kürsülerini lav ederek başlamalarına, Atlantik’in öteki yakasından esen bu soğuk ve sert rüzgarın cesaret verdiğini söylemeliyim.

“Sivil İtaatsizlik” adlı çalışmamın arka kapak sayfasına yayınevi, Henry David Thoreau’nun şu sözlerini koymuştu;¹²

“Haksız birtakım yasalar vardır. Onlara boyun eğmekle yetinelim mi, yoksa onları değiştirmeye çalışalım, değişinceye kadar da boyun eğelim mi; yoksa hiç beklemeden çiğneyelim mi onları? İnsanlar böylesi bir yönetim altında genel olarak şöyle düşünüyor ve şöyle diyorlar; ‘Çoğunluk yasaların değişmesine ikna oluncaya kadar bekleyelim’. Yasa’ya karşı gelirsek, deva derdin kendisinden daha beter olur diye düşünüyorlar.

Eğer haksızlık hükümet makinesinin zorunlu sürtünmesinden ayrılmaz bir şeyse, varsın olsun. Zamanla pürüzü mürüzü kalmaz belki; ama makine muhakkak aşınır gider. Eğer haksızlığın, (salt kendisi için) makarası, yayı, ipi ya da vinci varsa, o zaman, devanın dertten daha iyi olup olmayacağını düşünebilirsiniz belki; ama eğer bu, sizin başkasına yapılan haksızlığa alet olmanızı isteyecek yapıdaysa, o zaman da, yasayı çiğneyin, derim size. Hayatınız makineyi durduracak bir karşı sürtünme olsun. Benim dikkat etmem gereken şey, hiç değilse, kötülediğim bir haksızlığa alet olmamaya bakmaktır.”

¹¹ “Kardinaltugenden (cardinalis, temel erdemler), bkz. *Philosophisches Wörterbuch*, haz., Georgi Schischkoff, 20. Baskı, Stuttgart 1978.

¹² Hayrettin Ökçesiz, *Sivil İtaatsizlik*, 3. baskı, 2001.

Sokrates'in iki bin beş yüz yıl öncesinden bize yaptığı savunması, "*Sokrates tutumu*" Melih Cevdet Anday'ın sözüyle uygarlığımızın temel taşı ise,¹³ Thoreau ve niceleri üzerinden Radbruch'a ve bugün buraya kadar taşınan bu kaygı, bu tutum ve inanç Konrad Lorenz'in büyük bir öngörü ile bize ilettiği, uygarlaşmış insanlığın sekiz ölümcül günahından biri olan duygu ve duyarlılık kaybının¹⁴ bataklığında umarım kaybolup gitmez.

Hukuk güvenliği argümanında pozitivizm, yukarıda betimlediğim hukukçuya Hobbes'çu bir korku zemininde anonimliğin sağladığı bir rehaveti, ardından keyfilik ve küstahlıkla birlikte bir hesap sorulamazlığı ve sorumsuzluğu getirmektedir. Bu onun aslında köleleştirilmesi demek olmaktadır. Sokrates gibi savunan, Thoreau gibi soran ve Radbruch gibi birleştiren bir tinsel ve duyuruşsal donanımı hukukçunun kimlik ve kişilik ölçütü almamızda nasıl bir sakınca olabilir?

Bu kısa sunuşumda, biraz sonra başlayacak olan ikinci oturumun konusu "*Hukuk İlintili Yurttaşlık Eğitimi*"ne, aynı zamanda bir yurttaş olarak hukukçuya atfen söylediğim bu etos ve habitus içeriklerinin tamamlayıcı bir katkı getireceğini düşünüyorum.

¹³ "Uygarlığımızın temelinde Sokrates'in Savunması (apologia) yatar", Melih Cevdet Anday, "Tarih Önünde", by., *Cumhuriyet*, 13.11.1981 (Sami Selçuk, Sokrates, "Savunması" ve *Çağcıl Hukuk*, by., aynı yazar, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, Ankara 1988, s. 135'ten naklen).

¹⁴ Konrad Lorenz, *Die acht Todsünden der zivilisierten Menschheit*, Münih 1973, s. 39 vd.

ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA “BAĞIMSIZ BİR ADLİYE ORGANI” OLARAK AVUKAT

Av. Dr. Teoman OĞUZHAN*

A. GİRİŞ

Almanya Federal Cumhuriyeti'nin İkinci Dünya Savaşı sonrası yeni hukuk düzeninde güncelliğini koruyan konulardan biri de, avukatın adliye içindeki konumudur. Bununla ilgili olarak 1959 tarihli Federal Avukatlık Kanunu¹ (BRAO) sadece genel bir tesbitte bulunmakla yetiniyor; “*Avukat, adliyenin bağımsız bir organıdır*” (§ 1). Veciz bir şekilde formüle edilen bu hüküm, hukuk öğretisinde ve uygulamada farklı değerlendirmelere ve yorumlara neden olmuştur ve olmaktadır. Konuya bütün incelikleriyle girmek, bu yazı çerçevesinde mümkün değildir. Yazının amacı, anılan hükme ilişkin gelişmelere büyük ölçüde damgasını vuran Alman Anayasa Mahkemesi (BVerfG) kararlarının bir kesitini kısaca vermektir. Böylece, ülkemizde avukatın hukukî konumuna ve özellikle Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasında 02.05.2001 gün ve 4667 sayılı Kanun'la yapılan yeni düzenlemeye ilişkin yorumlara değişik açıdan belki bir katkıda da bulunulmuş olacaktır.

Konunun daha iyi anlaşılıp değerlendirilebilmesi için, kararlara esas olan olaylar da kısaca özetlenecektir. Kararların seçiminde, mahkemenin tutumunun zaman içindeki değişim ve gelişimini göstermesi bakımından kronolojik yöntem esas alınmış ve karar başlıkları, uyuşmazlık konusuna göre adlandırılmıştır.

* İstanbul Barosu üyesi.

¹ BGBl (Federal Resmî Gazete) I, s. 565.

B. ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDAN ÖZETLER

I. Avukat Şeref Mahkemesi'nin² Anayasa'ya Uygunluğu³

Meslekî görevlerine aykırı hareket ettiği gerekçesiyle kendisine Şeref Mahkemesi'nce "kınama" cezası verilen avukat, kararın Federal Yargıtay tarafından da onanarak kesinleşmesi üzerine Anayasa Mahkemesi'ne başvurdu. Başvuru sebeplerinden biri, Şeref Mahkemesi'nin Anayasa'ya aykırı özel bir mahkeme olduğu ve bunun ayrıca eşitlik kuralıyla (Alman Anayasası m. 3/I) bağdaştırılamıyacağı iddiasıydı. Anayasa Mahkemesi, Şeref Mahkemesi'nin görevinin avukatın meslek hukukuyla sınırlı olduğunu ve dolayısıyla yasak bir özel mahkemenin söz konusu olamayacağını belirttikten sonra, şu gerekçeyle eşitlik kuralına da aykırılık görmemiştir:

"Avukatların meslekî işleri için özel yargılamanın kurulması genel eşitlik kuralıyla da bağdaşır; Kanun koyucu, Alman Anayasası'nın 3. maddesi 1. fıkrasının⁴ kendisine verdiği şekillendirme özgürlüğününün sınırlarını aşmamıştır.

Avukat yalnız özel çıkarların temsilcisi değil, aynı zamanda adliyenin bağımsız organıdır (§ 1 BRAO). Bununla, avukatlık, 1957 tarihli BRAO Hükümet Tasarısı'nın gerekçesinde (BT-Drucks. II/120, Bem. zu § 1, s. 4) söylendiği gibi, 'mahkemeler ve savcılık tarafına geçmektedir. ... Adliye dahilindeki bu konumu, avukatı, mesleğinin icrasında bunu dikkate almaya mecbur etmektedir. Dolayısıyla, avukat, Medenî Muhakeme'de vekil veya Ceza Muhakemesi'nde savunman sıfatıyla bilinçli olarak haksızlığa hizmet edemez veya hukukun bulunmasını güçleştirmez.' Avukatların bu özel görevi, onları öteki meslek mensuplarının çoğundan farklı olarak özel bir disiplin hukukuna tâbi kılmayı haklı gösteriyor. Bu disiplin hukukunun uygulanması için, meslek üyelerinin konuyu bilen, fahrî hakimler olarak katılacağı özel mahkemelerin kurulması, Anayasa'da bizzat öngörülen özel Hizmet Ceza Mahkemeleri'nin oluşturulmasında (Alman Anayasası m. 96 a /IV eski metin) olduğu gibi esasa aykırı değildir."⁵

² BRAO'nun 1994 yılında (BGBl I, s. 2278) kısmen değiştirilen hükümleri arasında avukatların disiplin kovuşturması da bulunmaktadır. Bu çerçevede, dilimize "Şeref Mahkemesi" olarak tercüme edebileceğimiz "Ehrengericht" yerine, günümüz koşullarına ve hukuk diline daha uygun, "Anwaltsgericht" ("Avukat Mahkemesi") terimi yasa metnine alınmıştır. Ancak burada, 1994 öncesi meslekî yargılamaya ilişkin eski kanun metninde kullanılan terime sadık kalınmıştır.

³ BVerfG, 11.6.1969-2 BvR 518/66, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1969, s. 2192-2195).

⁴ Alman Anayasası m. 3/I metni: "Bütün insanlar kanun önünde eşittir."

⁵ BVerfG, dpn. 3, s. 2192.

II. Tanığın Hukukî Yardım İsteme Hakkı⁶

Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında, ceza hakimi önündeki ifadesi-ne kendi seçtiği bir avukatın katılmasını isteyen tanığın hukukî durumunu ve avukatın reddinin hukuken yerinde olup olmadığını inceliyor. Mahkemeye göre, hukuk devleti kuralı tanığa avukatın yardımını almayı sınırsız bir genel hak olarak garantilememektedir. Çünkü bu hakkın bütün somut olaylarda herhangi bir sınırlama olmadan kullanılması, “işliyebilir ve etkin bir adliyenin korunması postülası”yla bağdaşmayacaktır. Devlet makamları ve mahkemeler, “orantılılık kuralı”na uygun olarak, tanığın bir avukatın yardımını alma hakkıyla, ceza davası ve benzer davaların etkinliğindeki kamu yararını, olayın kişisel ve gerçek bütün özelliklerini karşılıklı tartmak suretiyle karara varmalıdır. Bu nedenle, tanığın dinlenmesine avukatın alınması için, her zaman, hukuk devletine uygun özel bir “meşruiyet”e (“Legitimation”) ihtiyaç vardır. Bu meşruiyet, “farklı biçimde, tanığın her defaki özel durumundan, özellikle yurttaşa ait genel tanık görevlerini yerine getirmede kendisine menfaatleri icabı tanınmış olan usulî yetkilerden doğar”.

Anayasa Mahkemesi, olayı diğer Anayasa hükümleri yanında ayrıca avukatın mesleğini icra özgürlüğü açısından da ele alarak, konumuz açısından şu saptamada bulunuyor:

“BRAO, § 1’e göre, avukat adliyenin bağımsız bir organıdır. Mesleği, devlete bağlı bir güven mesleği olup, ona hakikat ve adaletle yükümlü resmî göreve benzer bir görev vermektedir. Avukat sır saklama zorunluluğundadır. Dolayısıyla, tanığın dinlenmesinde, onun hukukî yardımcısı olarak, bir muhakeme katılanı (Verfahrensbeteiligter) konumuna benzer özel bir konumu vardır.”⁷

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi’ne göre, “tanığın hukukî yardımcısı avukatın geniş anlamda muhakmeye katılanlar arasına alınması; eğer katılma düzenli ve etkin bir delil toplanmasını ağırlaştırmak veya önlemek ve böylece maddî bakımdan doğru ve adil bir kararın bulunmasını aksatmak için görülebilir şekilde kötüye kullanılıyorsa, avukatı tanığın dinlenmesinden yasaklamaya kural olarak engel değildir.” Ancak yasaklama, ilgili kanun hükümlerinin verdiği yetki ölçüsünde mümkündür.⁸

⁶ BVerfG, 08.10.1974-2 BvR 747/73, NJW 1975, s. 103-105.

⁷ BVerfG, dpn. 6, s. 105.

⁸ BVerfG, dpn. 6, s. 105; avukatın bir ceza davasındaki savunma görevinden yasaklanabilmesi için açık ve yeterli bir yasal yetkinin zorunluluğuna ilişkin ayrıca bkz., BVerfG, 14.2.173-2 BvR 667/72, Juristenzeitung (JZ) 1973, 311 vd.

III. Müdafilerin Sayısının Sınırlandırılmasının Anayasa'ya Uygunluğu⁹

Almanya'da, 31.12.1974 tarihine kadar görülen ceza davalarında, her sanık istediği sayıda avukattan yararlanabiliyordu (Alman Ceza Muhakemes Kanunu, StPO, §§ 137/I, 227). Ayrıca, birçok sanığın savunması kural olarak bir müşterek avukat aracılığıyla gerçekleştirilebiliyordu (StPO, § 146/I). Kanun koyucu, 1970'li yıllardaki terör eylemlerinin etkisiyle anılan paragrafları değiştirerek sanığın seçeceği avukat sayısını üçle sınırladı ve birden fazla sanığın müşterek bir müdafi tarafından savunulmasını yasakladı.

Alman Anayasa Mahkemesi, söz konusu sınırlama ve yasağın Anayasa'ya aykırılığı iddiasını redderken, gerekçesinde BRAO § 1'e de dayanmaktadır:

*"§ 146 StPO, avukatın, AY m. 12/I'den¹⁰ doğan temel hakkını zedelememektedir. Gerçi birlikte savunma yasağı avukatın statüsüne dokunan, mesleğin icrasına ilişkin bir düzenleme getiriyor. Fakat bu, haklılığını, kamu yararının yaygın öneminde bulmaktadır (krş. BverfGE 7, 377, 405 = NJW 1958, 1035). Kanunun amaçladığı, müdafinin yardım fonksiyonunun garantilenmesi, sadece onu ve müvekkilini ilgilendirmez. Bu garanti, kamu yararına da. Müdafi olarak avukat, sadece özel hukuk bakımından iş görme sözleşmesiyle (vekalet sözleşmesi) verilen vekâleti yerine getirmemektedir; o, aynı zamanda, kamu huku olarak düzenlenmiş, devletin cezalandırma talebi hakkında karar verilmesi gereken yargılamada, muhakeme katılanı olarak kendi hak ve görevlerine göre hareket etmektedir. Böylece, o, sadece müvekkilinin temsilcisi değil, aynı zamanda tamamen sanığın yardımcısı rolünde adliyenin organıdır (BRAO, § 1)."*¹¹

IV. Avukat Adayının Komünist Bir Partiyi Tutmasına Rağmen Avukatlığa Kabulü¹²

Anayasa Mahkemesi'ne şikâyetinde bulunan, bir avukat adayı. Kendisi aynı zamanda "Batı Almanya Komünist Birliği" (KBW) partisi üyesi. Yetkili baro yönetim kurulu, adayın avukatlığa kabulü için başvurusunu (30.5.1978), düzenlediği rapordaki olaylara dayanarak, avukatlık mes-

⁹ BVerfG, 11.03.1975-2 BvR 135-137/75, NJW 1975, s. 1013-1015.

¹⁰ Alman Anayasası m. 12/I metni: "Bütün Almanlar, mesleklerini, iş ve meslekî eğitim yerlerini serbestçe seçmek hakkına sahiptirler. Mesleğin icrası, kanunla veya bir kanuna dayanarak düzenlenebilir."

¹¹ BVerfG, dpn. 9, s. 1014. Alman Anayasa Mahkemesi, müdafinin görevden yasaklanmasına ilişkin, 14.2.1973 gün ve 2 BvR 667/72 sayılı kararında (BverfG, JZ 1973, s. 311-314), benzer şekilde, avukatın meslek özgürlüğünü, organ statüsünü ve sanığın yardımcısı olduğunu vurgulamaktadır.

¹² BVerfG, 08.03.1983-1 BvR 1078/80, NJW 1983, s. 1535-1539 = JZ 1983, s. 599-601.

leğine “lâyik olmama” (BRAO, § 7, bent 5) nedeniyle reddetti. Avukat Yüksek Şeref Mahkemesi 17.12.1979 günlü kararında söz konusu nedenin bulunmadığını tesbit ederken; Federal Yargıtay, yetkili baronun ve İçişleri Bakanı'nun itirazı üzerine, bu kararı yetkili baro yönetim kurulu lehine bozdu. Anayasa Mahkemesi ise, şikayetçi avukatın başvurusunu meslek özgürlüğü (Alman Anayasası, m. 12/I) temelinde inceleyerek avukatlığa “lâyik olmama”yı gerektirecek bir cezaî hareketinin bulunmadığı (BRAO, § 5 Nr. 5) ve “özgürlükçü demokratik düzen” e karşı cezalandırılabilir bir şekilde mücadele etmediği (BRAO § 7 Nr. 6) gerekçesiyle haklı buldu.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, avukatın meslek özgürlüğü birbiriyle çelişkili gibi görünen iki unsuru bağdaştırmak zorunda: “BRAO'nun meslek hukukuna ilişkin düzenlemeleri, Anayasa hukuku açısından önemli iki temel ilkenin gerilim ilişkisi içinde bulunuyor; bir taraftan; serbest avukatlık kuralı ve diğer taraftan; fonksiyon görebilen adliyedeki genel yarar (kamu yararı). Bu gerilim ilişkisinin, Anayasa tarafından belirlenen sınırlar dahilinde ölçülü denge anlamında çözümü, kanun koyucunun kararına bağlıdır. Bu nedenle, kanun koyucunun, meslek özgürlüğü temel hakkının sınırlandırılması için hangi kararları aldığıın, geçerli yorum kuralları uygulanarak dikkatle incelenmesi zorunludur. Bununla, BRAO'nun, avukatlığa kabulü yalnız bu kanunda belirtilen nedenlerle reddedilebilir (§ 6) açık hükmü uyuşum içinde bulunmaktadır. Gerçi bu nedenler mahkemelerin yorumuna bağlıdır. Fakat bunlara (mahkemelere), kanun koyucu kararını yorum yoluyla alttan aşmak ve temel hakkı kanun koyucunun öngördüğü ölçünün ötesinde sınırlamak Anayasaca yasaklanmıştır (krş. BVerfGE 49, 304 [318] = JZ 1979, 60 [Starck] – Bilirkişi sorumluluğu; 37, 132 [148]=JZ 1974, 609 – kira hukukunda mülkiyetin getirdiği yükümlülükleri).”¹³

Anayasa Mahkemesi, kararında, avukatın adliyenin bağımsız bir organı olarak sınıflandırılmasını da aynı çerçevede değerlendirerek, bundan meslek özgürlüğünü sınırlayıcı bir sonucun çıkarılmayacağı, sınırlandırmanın ancak mesleğe kabule ilişkin özel yasal hükümlere dayanabileceği tesbitinde bulunmaktadır.¹⁴ Kararın konumuz bakımından en önemli noktası, avukatın organlık statüsünün daha önceki kararlarına kıyasla¹⁵ kısmen farklı bir değerlendirmeye tâbi tutulmasıdır:

“Avukatlık mesleğinin memura benzer bağımlılıktan kurtarılması ve devletin bağımsız serbest meslek olarak tanınması Anayasa koyucunun önceden var olan ve benimsediği, devlet gücünün hukuk devletine uygun sınırlandırılması gayretinin önemli bir unsuru olarak görülebilir. Vatandaşın, şans ve silâh eşitliği nedeniyle, güveni olduğu ve çıkarlarını mümkün olduğunca serbest ve devlet

¹³ BVerfG, dpn. 12, s. 1537.

¹⁴ BVerfG, dpn. 12, s. 1538.

¹⁵ Krş. yukarıda B. I. ve II.

etkisinden bağımsız gözeten hukuk uzmanlarından yararlanması, hukuk devleti düşüncesine uygundur ve adliyeye hizmet" eder. Avukatın devlet kontrolü ve vasiyetini kural olarak dışlayan serbest bir meslek icra ettiği (BverfGE 34, 23 [302]=NJW 1973, 696) ve avukatlık mesleği icrasının, meslek özgürlüğü temel hakkına ilişkin Anayasa'yla bağdaşır düzenlemeler yoluyla sınırlandırılmadığı ölçüde, Anayasa'nın egemenliği altında, bireyin kendini serbest ve kuralsız belirlemesine tâbi olduğu yönündeki Anayasa Mahkemesi'nin (şimdiye kadarki) kararları bu yorumla bağdaşmaktadır (BVerfGE 50, 16 [29] =NJW 179, 1159).

*"BRAO'nun, avukatı bağımsız 'adliye organı' olarak sınıflandırması ve mahkeme kararlarında bazen 'devlete bağımlı güven mesleği'nden söz edilmesi de bu esas görüşte bir şey değiştirmez. BRAO'nun ilk taslağında henüz öngörülme-yen, adliyenin organı olarak tanınması; avukatların, özgür hukuk devletinde, hak arayanların tayin edilmiş danışman ve temsilcileri olarak, 'hukuk mücadelesinde' hakim ve savcılarının yanında bağımsız önemli bir fonksiyon gördüğünü ve bu nedenle onların müvekkillerinden daha geniş yetkilere ve bununla (yetkilerle) bağdaşan görevlere sahip olduğunu ifade etmektedir..."*¹⁶

V. Disiplin Tedbirleri ve Avukatın Meslek Özgürlüğü¹⁷

Anayasa Mahkemesi, meslek kurallarına aykırı davranmış olması nedeniyle iki avukata yetkili baro yönetim kurullarınca verilen ve Şeref Mahkemesi tarafından da uygun bulunan "kınama"nın meslek özgürlüğüne (Art. 12/I) aykırı olduğuna karar verirken, avukatın adliyenin bağımsız bir organı olması açısından da önemli saptamalarda bulundu.

Objektiflik emrine aykırılık nedeniyle bir avukata karşı alınan meslekî tedbirlerin Anayasal gereklerle yetip yetmediğinin incelenmesinde, avukatlık mesleğinin icrasının, prensip olarak, bireyin kendini serbestçe ve kuralsız belirlemesine tâbi olduğu noktasından hareket edilmelidir (krş. BverfGE 63, 266 [282 ff.] = NJW 1983, 1535). Adliyenin bağımsız bir organı ve hak arayanın tayin edilmiş danışmanı ve temsilcisi olarak avukatın görevi; adil kararın bulunmasına katkıda bulunmak, mahkemeyi ve aynı şekilde savcılığı veya resmî daireleri müvekkili aleyhine yanlış kararlardan korumak ve onun (müvekkilin) Anayasa'ya aykırı haksızlıklara veya devlet gücünün sınırlarını aşmasına karşı güvenini sağlamaktır; özellikle, hukuk bilgisi olmayan tarafı hak kaybına uğrama tehlikesinden koruması gerekir (Medenî Muhakeme Hukuku'nda avukata ilişkin olarak benzer şekilde, Stürner, JZ 1986, 1909, Vollkommer'e, Die Stellung des Rechtsanwalts im

¹⁶ BverfG, dpn. 12, s. 1536.

¹⁷ BverfG, 14.07.1987 - 1 BvR 537/81, NJW 1988, 191-194.

Zivilprozessrecht, 1984, s. 20 vd., dayanarak). Bu görevin görülmesi avukata aynen hakime olduğu gibi, muhakemeye katılanlara, bunların kendilerini kişiliklerinde zarar görmüş hissetmeyecek şekilde devamlı kollayıcı davranma izni vermez. Genel görüşe göre, avukat, "hukuk mücadelesi"nde güçlü, etkili ifadeler ve belli genel sözler kullanabilir; ayrıca, örneğin bir hakimin olası bir taraflılığını veya bir bilirkişinin uzmanlık bilgisini eleştirmek için, hüküm kınamasında bulunabilir veya "kişiye ilişkin" (ad personam) argümanlar ileri sürebilir. Avukat eleştirisini başka türlü formüle edebilir miydi edemez miydi, önemli değildir; çünkü, fikrin açıklanma biçimi de kural olarak Anayasa'nın 5/I maddesiyle¹⁸ korunan, kişinin kendini belirlemesine tâbidir (krş. BVerfGE 54, 129 [138 f.] = NJW 1980, 2069).¹⁹

VI. Avukatlığın Başka Mesleklerle Bağdaşabilmesi²⁰

Alman Anayasa Mahkemesi, başka işlerde çalıştıkları için avukatlığa kabul edilmeyen ya da avukatlık ruhsatı geri alınan toplam yedi başvurucunun şikâyetleri üzerine, avukatlık mesleğiyle bağdaşabilecek yan meslekler konusunda önemli değerlendirmelerde bulundu. Yedi başvurudan sadece bir tanesi başarısızlıkla sonuçlandı.

Şikâyeti reddedilen avukat adayı, bir üniversite sekreterliğinde çalışıyordu; dava temsilciliği de dahil belli hukukî görevleri vardı. Kendi alanında imza yetkisine sahipti. İş anlaşması, haftada yirmi saat çalışmayı öngörüyordu. Üniversite başkanı kendisine, ilgili eyalet kanunu uyarınca, düzenli iş saatleri dışında, yan iş olarak haftada yirmi sekiz saat avukatlık yapmasına izin verdi. Ancak, yetkili baro yönetim kurulu, BRAO § 7 b. 8 ve § 46 hükümlerine aykırılık nedeniyle avukatlığa kabulünü reddetti. Sonuç olarak Federal Yargıtay da aynı görüşe katıldı. Anayasa Mahkemesi, Federal Yargıtay'ın kararını özellikle şu gerekçeyle yerinde buldu:

"Şikâyetçi... bir üniversite hizmetlisi olarak kamu hizmetinde bulunmaktadır. Kendisi bu kamu hukuku kurumunu dışa karşı temsil etmekte ve egemenlik görevlerini de kullanmaktadır. Bundan doğan bir devlet yakınlığı, BGH'nin (Federal Yargıtay) kararına göre, serbest avukatlığın meslek tanımıyla kural olarak bağdaşmamakta ve bu ölçüde avukatlığın kamuoyundaki itibarına dokunmaktadır.

Bu karar, devlet etkilerinden arınmış serbest avukatlık görüntüsünün, avukatların ikinci bir meslekte memura benzer fonksiyon görmesi dolayısıyla zedelen-

¹⁸ Alman Anayasası m. 5/I'in metni: "Herkes, fikrini, söz, yazı ve resimle sebestçe açıklamak ve yaymak ve herkese açık olan kaynaklardan engellenmeden bilgi edinmek hakkına sahiptir. Basın özgürlüğüyle radyo ve film yoluyla haber vermek özgürlüğü güvence altındadır. Sansür konulmaz."

¹⁹ BVerfG, dpn. 17, s. 193.

²⁰ BVerfGE, 4.11.1992 – 1 BvR 79/85, NJW 1993, s. 317-321.

memesi gerektiği yasal amacını iletmeye elverişlidir. Bu amaca ulaşmak için, meslek alanlarının açıkça ayırımı gereklidir; çünkü meslek içi denetimin vasıtaları bağımlılık ilişkilerini güvenilir şekilde gideremez veya her halde kamuoyunun gözünde aynı derecede etkili olmaz. Bununla birlikte, meslek seçme özgürlüğünün sınırlandırılması, bağdaşmazlık kuralının katı uygulanmaması halinde, ilgililere ancak reva görülebilir. Kamu hizmeti geniş yelpazelidir; çeşitli biçimlenmeleri ve hizmet edimleri farklı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. BGH'nin kararı, görev alanının şeklini ve istihdam eden kurumun önemini esas almak suretiyle, buna uygun düşmektedir. Hak arayanların bakışı açısından, avukatın bağımsızlığının devlete bağlanmalar yoluyla zedelenmesi olanağının en azından bulunması aranmaktadır. Bu, ölçüsüz değildir.”²¹

Anayasa Mahkemesi, Federal Yargıtay'ın kamu ya da özel sektörde çalışan diğer şikâyetçilere ilişkin kararlarını, meslek seçme özgürlüğüyle (Alman Anayasası, m. 12/I) bağdaşamayacak kadar geniş ölçüde sınırlamalar getirdiği için, Anayasa'ya uygun bulmadı. Anayasa Mahkemesi, gerekçesinde, avukatın adliyenin bir organı olması nedeniyle “düzenli adliyenin yararı”na, “adliye için tehlikeler”e, avukat açısından “çıkar çatışmaları”na da değinmekte, ancak bunun şikâyet konusu olaylarda, avukatın ya da avukat adayının kazanç maksadıyla başka bir işte çalışmasına engel olmadığı sonucuna varmaktadır.

VII. Avukatlık Ortaklığı Değiştirme Halinde Temsil Yetkisinin Devamı²²

Anayasa Mahkemesi, kararında, bir avukat ortaklığında sözleşmeli çalışan bir avukatın başka bir ortaklığa geçmesiyle ortaya çıkan sakıncaları ve çıkar çatışmalarını inceliyor. İlgili avukat çalıştığı ortaklıktan ayrıldığı sırada, her iki ortaklık toplam dokuz olayda karşılıklı olarak diğer tarafın vekilliklerini üstlenmiş bulunuyordu. Ancak avukat, ayrıldığı ortaklıkta çalışırken bu vekilliklerden hiç birisini kişisel olarak üstlenmediği gibi, bu konuda herhangi bir avukatlık çalışmasında da bulunmamıştı. Ayrıca, geçtiği avukatlık ortaklığı kendisine bu vekilliklerle meşgul olmama talimatı da vermişti. Buna rağmen, yetkili baro, avukatın geçtiği ortaklıktan, BRAO § 3'e²³ aykırılık nedeniyle söz konusu dokuz olaya ilişkin vekillik

²¹ BVerfG, dpn. 20, s. 320.

²² BVerfG, 3.7.2003 – 1 BvR 238/01, NJW 2003, 2520-2523.

²³ BRAO, § 3: avukatın “bütün hukuk işlerinde bağımsız danışma ve temsil” hakkını (fıkra 1); “mahkeme, hakem mahkemesi veya resmî daireler” önüne çıkma hakkının “yalnız bir Federal Kanun'la” sınırlanabileceğini (f. 2) düzenlerken; son fıkrasında “herkes”e yasal hükümler dahilinde her çeşit hukuk işlerinde kendi seçtiği bir avukata danışmak ve mahkeme, hakem mahkemesi veya remî daireler önünde kendisini temsil ettirmek hakkı”nu tanıyor.

bırakmasını talep etti. Avukat İstinaf Mahkemesi baronun kararını ipal etti; Federal Yargıtay ise hukuka uygun buldu. Federal Yargıtay'ın kararına karşı Anayasa itirazı, başarıyla sonuçlandı.

Anayasa Mahkemesi kararında özellikle meslek özgürlüğü (Alman Anayasası m. 12/I) temel kuralını esas aldı. Mahkemenin kapsamlı gerekçesinde konumuz açısından en önemli noktalardan biri, “bağımsızlık” ve “tarafsızlık” bakımından avukatın hakimle karşılaştırılmasıdır:

“Adil ihtilâf çözümleri meydana getirmek, mahkeme önünde müvekkili lehine hukuk mücadelesi vermek ve bu sırada, aynı zamanda, devlet dairelerini mümkün olduğunca müvekkilleri aleyhine yanlış kararlardan korumak, adliyenin bağımsız bir organı ve hak arayanın tayin edilmiş danışmanı ve temsilcisi olarak avukatların görevidir (krş. BverfGE 76, 171 [192] = NJW 1988, 191). Avukatlık görevinin yerine getirilmesi; bağımsız, sır saklayan ve sadece kendi müvekkilinin çıkarlarını gözetmekle yükümlü avukatı öngörür. Bu nitelikler, müvekkillerin isteğiyle değişmez. Vatandaşlar arasında ve devlet karşısında ulaşmak istenilen şans ve silâh eşitliğinin korunması ve adliyenin işliyebilir kalması için, BRAO, § 43 a’ın²⁴ görev kurallarına uyulacağına hukuk ilişkileri güvenebilmelidir (krş. BverfGE 63, 266[284] = NJW 1983, 1535; BverfGE 93, 213 [236] = NJW 1996, 709).

Fakat bu demek değildir ki, (avukatın) kendi müvekkilinin yararlarına ve böylece aynı zamanda adliyeye neyin hizmet edeceğinin tanımlanması, bundan etkilenen müvekkillerin somut tahmini itibara alınmadan barolar ve mahkemeler tarafından soyut ve bağlayıcı olarak yapılabilir. Bir ortaklık değiştirme dolayısıyla, sır tutma ve doğru menfaat temsili ile ilgili olarak genelleyici bakış açısından bir tehlike meydana gelebiliyorsa, bir hakkın somut olarak zedelenmesi tehlikesinin tahmini ilk çizgide her iki avukatlık bürosunun müvekkillerine aittir ki, bu nedenle hakikate uygun olarak ve etraflıca bilgilendirilmeleri gerekir. Bunun yanında, ihtilâf durumunun veya her hâlde güven ilişkisinin gelecekte bozulmasından kaçınma amacının temsil yetkisinden vazgeçmeyi emredip etmediği, ilgili avukatların kanunu esas alan sorumlu tahminine kalmaktadır. (...) Böyle bir durumda sorumlu bir davranış, aynen bir hakimin sebeplerini açıklıyarak kendini reddetmesi gibi bir avuktan beklenebilir (krş. BVerfGG (Anayasa Mahkemesi Kanunu), § 19/III ve bu konuda BVerfGE 46, 34 [41 vd.] = NJW 1978, s.37).”²⁵

²⁴ BRAO, § 43 a, “avukatın temel görevleri” başlığı altında meslekî sınırlamalar getirilmektedir. Kısaca özetlemek gerekirse, buna göre avukat: “meslekî bağımsızlığını tehlikeye sokacak hiçbir bağlantıya giremez” (fıkra 1); mesleğinin icrası ile ilgili olarak öğrendiklerini sır olarak saklamak zorundadır (fıkra 2); mesleğinin icrasında objektif davranmalıdır (fıkra 3); “hiçbir karşıt çıkar temsil edemez” (fıkra 4); kendisine emanet edilen maddî değerlere itina göstermek ve yabancı paraları gecikmeden kabule yetkili olan kimseye iletmek veya özel banka hesabına ödemek zorundadır (fıkra 5), bilgisini devamlı geliştirmekle yükümlüdür (fıkra 6).

²⁵ BVerfG, dpn. 22, s. 2521.

VIII. Avukatın Vekâlet Sınırları İçindeki Sözlerinden Sorumluluğu²⁶

Anayasa itirazına konu olan hukuk davasında avukat, müvekkilinin asıl borçlunun ödeme aczi içinde olduğuna ilişkin verdiği bilgiye dayanarak, asıl borçlu yerine müteselsil borçlu olan bir bankadan ödeme talebinde bulundu. Yazısında aynen şu ifadeyi kullandı: “... Asıl borçlunun beklenenin aksine ödemede bulunması halinde para tutarını hemen geri ödeyeceğiz. Ama asıl borçlunun böyle bir ödemede bulunması, müvekkilimizin bilgisine göre, ödeme kabiliyeti olmadığından beklenemez...”²⁷ Ama gerçekte, asıl borçlu ödeme aczi içinde değildi; bu nedenle avukatın bu açıklamadan vazgeçmesini dava etti. Yüksek Eyalet Mahkemesi davacıyı kısmen haklı buldu; avukatın, “yabancı, gerçeklere uymayan ve küçük düşürücü bir açıklamayı benimseydiği”ni, verilen bilgiyi “itinalı olarak kontrol etme mecburiyeti olduğu”nu gerekçe olarak gösterdi. Avukatın bu karara karşı Anayasa’ya aykırılık itirazını, Anayasa Mahkemesi’nin yetkili Öninceleme Komisyonu, “esas itibarıyla anayasal önemi” olmadığı ve şikayetçinin düşünce ve meslek özgürlüğü (Alman Anayasası m. 5/I ve m. 12/I) yönünden de gerekli görmediği için kabul etmedi (Alman Anayasası Mahkemesi Kanunu, § 93a/II). Ancak, Anayasa Mahkemesi karar gerekçesinde, Yüksek Eyalet Mahkemesi kararının “oldukça önemli şüphelerle karşılaştığı”nı belirtmekte ve kararı eleştirmektedir.

Anayasa Mahkemesi, avukatın adliyenin organı olarak, “objektif bir kararın bulunmasına katkıda bulunmak ve hukuk bilgisi olmayan tarafı hak kaybı tehlikesinden korumak” görevi olduğunu vurgulayarak şöyle demektedir; “Bu görevlerin görülmesi, avukata, muhakeme katılanlarına karşı her zaman kollayıcı davranmamaya izin vermektedir.”²⁸ Gereçede ayrıca, avukatın açıklamasının düşünce özgürlüğünün sınırlarını aşmadığını; çünkü açıklamanın avukatın fonksiyonuna uygun olarak meslek hukuku ilişkisi içinde anlaşılması gerektiği, bu açıklamanın muhatabı olan tarafın hukukî korumasız bırakılmadığı, ancak haklarını savunması için doğrudan doğruya açıklamanın kaynağı olan tarafa karşı girişimde bulunabileceği ve ayrıca Yüksek Eyalet Mahkemesi’nin argüman tarzının şikayetçi avukatın meslek özgürlüğünü zedelediği ifade edilmektedir. Meslek özgürlüğü ve avukatın adliyenin bağımsız bir organı olması bağlamında gerekçede ayrıca şöyle denilmektedir;

“Bu görüş (avukatın, müvekkilinin küçük düşürücü açıklamasını benimsemiş olması) yerindeyse ve avukat müvekkilinin verdiği bilgileri meslekî fonksiyonu çerçevesinde uygun biçimde naklettiğinde devamlı kişisel olarak dava edileceğinden korkarsa, düzenli menfaat temsili ve böylece avukatın meslekî faaliyetinin önemli bir

²⁶ BVerfG, 16.7.2003-1 BvR 801/03, NJW 2003, 3263-3264.

²⁷ BVerfG, dpn. 26, s. 3263.

²⁸ BVerfG, dpn. 26, s. 3264.

bölümü engellenmiş olur. Sadece istisnâ olarak, bütün koşulların dikkate alınması (avukatın) özel bir sorumluluğunu haklı kılabılır. Fakat bir avukat, müvekkili için faaliyet gösteriyor ve bu amaçla aynen 'müvekkilimizin bilgisine göre' diyorsa, söz konusu olan kaynak bildirme değil, tamamen müvekkilin bu pozisyonunu müvekkil adına gerçekleştirmektir. Bir avukatın tayin edilmiş danışman ve temsilci olarak bütün hukuk işlerinde zorunlu açıklama özgürlüğü olmasını, adliyenin bağımsız organı olarak konumu gerektirmektedir."²⁹

C. ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda kısaca özetlediğimiz kararlar, avukatın organlık statüsünün İkinci Dünya Savaşı sonrası Alman hukukundaki yerini ve içerik itibariyle geçirdiği değişiklikleri genel hatlarıyla yansıtmaktadır.³⁰ Ayrıca belirtmek gerekir ki bu hukuk müessesesi Almanya'da sadece son elli yılın ürünü değildir. Kaynağı daha eskilere, 19. yy'nin ikinci yarısına kadar gitmektedir. Bu nedenle, kararların daha iyi anlaşılması ve değerlendirilmesi için, organlık statüsünün tarihi kökenine de kısaca göz atmak faydalı olacaktır.

Almanya'da avukat meslek hukukunun ilk kodifikasyonu, 01.07.1878 tarihli İmparatorluk Avukatlık Kanunu'nuyla (RAO) gerçekleşmiştir (yürürlüğe giriş tarihi: 01.10.1879). RAO'nun öngördüğü serbest avukatlık müessesesi ve avukatların kendi kendini yönetmesi kuralı liberal düşünce akımının bir sonucudur³¹. Böylece, o zamana kadar geçerli olan, avukatların devlet memuru olarak sınıflandırılmasına son verilmiş oldu. Ancak bunu takiben, uygulamada ve hukuk öğretilerinde avukatlık mesleğinin tanımı konusunda güçlükler ortaya çıktı. Alman İmparatorluğu yüksek yargı organları, avukatların hukukî konumunun "kamu hukuku mahiyeti"nde, "kamu hukuku sınıfı"na dahil ya da "memurluk ilişkisine daha yakın" olduğu yönünde kararlar verdiler.³² Avukatın "adliyenin bir organı" olduğu ise ilk defa 1883 yılında İmparatorluk Yüksek Meslek Mahkemesi tarafından ifade edilmiştir.³³ Zamanın hukuk bilimcilerince de çoğunlukla

²⁹ BVerfG, dpn. 26, s. 3264.

³⁰ Ayrıca bkz., Oğuzhan, Teoman, *Türk ve Alman Hukukunda Avukatın Hukukî Konumu*, IBD, C. 76, S. 2, İstanbul 2002, s. 399, 401 vd.

³¹ Henssler, Martin / Prütting, Hans, *Bundesrechtsanwaltsordnung*, München 1997, s. 20 (§ 1 Rdn. 2).

³² Bu konuda bkz., Rick, Markus B., *Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts*, Deutscher Anwaltsverlag Bonn, 1998, s. 58; ayrıca krş. Zuck, Rüdiger, *Das innere Berufsbild: Hürde oder Hilfe für das anwaltliche Selbstverständnis*, *Anwaltsblatt* (AnwBl) 2000, s. 39 vd.

³³ Henssler, Martin/Prütting, Hans, *a.g.e.*, s. 22 (§ 1 Rdn. 8). Yazarlara göre (s. 21 [§ 1 Rdn. 4]), "Adliye Organı" kavramının bulucusu İmparatorluk Yüksek Şeref Mahkemesi değildir; kavrama ilk defa RAO'nun gerekçesinde rastlanmaktadır.

desteklenen bu hakim görüş nazist rejimin, avukatı “*nasyonal sosyalist adliye*”nin hizmetinde gören zorbalık dönemi sonrasında BRAO’nun temel prensiplerinden birini oluşturdu ve Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenerek geliştirildi.³⁴

Yukarıda görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi, ilk kararlarında, avukatın hukukî konumunu “*mahkemeler ve savcı tarafında*”, “*resî göreve benzer*” gibi sözlerle tanımlamak suretiyle İmparatorluk dönemindeki uygulamayı kısmen devam ettirmiştir. Daha sonra, Anayasa Mahkemesi’nin bu tutumunu geniş ölçüde terk ettiğini görüyoruz. Avukatın organlık statüsünün yorumunda kamu yararıyla meslek özgürlüğünü kanımca en iyi telif eden kararı, bir avukat adayının mesleğe kabulüne ilişkindir.³⁵ Buna göre, avukat, “*hakim ve savcının yanında bağımsız*” olarak “*şans ve silâh eşitliği*”nin sağlanması için müvekkilini savunan, meslek özgürlüğüyle donatılmış hukuk uzmanıdır. Ancak, Anayasa Mahkemesi’nin daha sonraki bazı kararlarında, avukatın adliye organı olma niteliği meslek hukuku açısından giderek yeni bir anlam ve içerik kazanmaktadır.³⁶ Adli yargıda da gözlemlenen bu eğilim globalleşme ve Avrupa Birliği hukukunun da etkisiyle kanun koyucuyu yeni atılımlara yönlendirmektedir. Örneğin; avukatlar, malî müşavir, vergi danışmanlığı, yeminli muhasebeci gibi diğer serbest meslek sahipleriyle ortaklık kurabilir (BRAO, § 59 a); meslekî çalışmalarını Limited Şirket ile kurmak suretiyle birlikte yürütebilirler (BRAO 59 c/I).³⁷ Bunun da ötesinde, BRAO’da öngörülmemesine rağmen, avukatların organizasyon biçimi

³⁴ Markus B. Rick, *a.g.e.*, s. 59.

³⁵ Bkz., yukarıda IV.

³⁶ Bkz., yukarıda VI ve VII. Anayasa hukukçusu Rolf Stürner (*Gerichtsöffentlichkeit und Medienöffentlichkeit in der Informationsgesellschaft*, JZ 2001, s. 699, (703), Anayasa Mahkemesi’nin bu süreçteki rolüne daha çok eleştirel açıdan bakıyor. Ona göre, Anayasa Mahkemesi’nin, “avukatlık mesleği tanımının alışılmış bağımsız adliye organundan modern bölgeler üstü hizmet (iş) görücülüğe dönüştürülmesinde; meslekî hakların kısıtlanmasına, diğer serbest mesleklerle (vergi danışmanı, malî müşavir) işbirliğine, ikinci mesleğe ... ilişkin kararlarıyla belirleyici katkılı” olmuştur.

³⁷ BRAO’nun Avukatlık Limited Şirketi’ne ilişkin hükümlerinin Türkçe tercümesi için bkz., Kendigelen, Abuzer/Doğan, Fatih, “Avukatlık Mesleğinin Birlikte İcrası - Avukatlık Limited Şirketi -, Almanya’da Avukatlık Limited Şirketi’ni Caiz Gören Bir Eyalet Yüksek Mahkemesi Kararının Uygulamaya ve Yeni Yasal Düzenlemeye Etkisi”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII, Sayı 1-2, 2003, s. 324 dpn. 38 ve s. 336-340. Ayrıca işaret edelim ki söz konusu kararın tercümesinde “Rechtspflege” kavramının karşılığı olarak “adliye” değil, “yargı” sözcüğü kullanılmıştır. Bu sözcük, “Rechtspflege”nin Alman hukukundaki karşılığını verememektedir. Bu konuda bkz. Centel, Nur Başar, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, İstanbul 1984, s. 44, 51; Oğuzhan, Teoman, *a.g.m.*, s. 400, dpn. 23.

³⁸ Anonim Şirket kurma hakkı, meslek özgürlüğünün (Alman Anayasası, m. 12/I) bir sonucu olarak görülmektedir. Bu konuda bkz., BayOLG, 27.3.2000-3 ZBR 331/99, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2000, 535, 536=AnwBl 2000, s. 368 vd. Avukatların

olarak Anonim Şirket'i seçebilecekleri de pratikte kabul edilmektedir.³⁸ Konumuz açısından öncelikle değinilmesi gereken diğer bir yenilik, Avukatlık Limited Şirketi'nin tüzel kişi olarak mahkeme önünde bizzat dava açma ve usulî işlemlerde bulunma konusunda yetkilendirilebileceğini; şirketin, bu durumda, "bir avukatın hak ve yükümlülüklerine sahip" olacağını öngörmektedir (BRAO, § 59l).³⁹ Bu düzenlemeyle müvekkil-vekil ilişkisinin bir güven ilişkisi olduğu yeterince dikkate alınmadığı gibi, şirketle avukat arasında yeni meslekî bağımlılıkların da doğacağı ortadadır.

"Ticarîleşme" olarak da niteliyebileceğimiz yeni gelişmenin sonuçlarını meslekî rekabet alanında da gözlemlemek mümkün. Örneğin; Nürnberg Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin (OLG Nürnberg) yeni bir kararına göre, bir avukatlık bürosunun "Rekor Büyüme" başlığı altında yıllık işlem hacmini ve büyüme oranını kamuya açıklamasında avukatlık meslek hukukuna bir aykırılık yoktur.⁴⁰

Sonuç olarak, Alman Anayasa Mahkemesi, avukatın devletten uzaklığı, bağımsızlığı, müvekkiliyle ilişkileri konusunda onun meslek özgürlüğünü öne çıkaran kararlarıyla, ilgili Anayasa normuna uygulamada da geniş ölçüde yürürlük sağlamıştır. Ancak, önemi küçümsenemeyecek yeni bir gelişme de, avukatın meslek özgürlüğünün yalnız Almanya'da değil bugün yeni tehlike ve tehditlerle karşı karşıya olduğudur. Mesleğin, özellikle global koşulların baskısı altında giderek ticaretleşmesi ve böylece ekonomik, malî ve sosyal alanda yeni bağımlılıkların ortaya çıkması. Bu yeni bağımlılığa nasıl karşı konulacaktır? Alman Anayasa Mahkemesi üyesi Renate Jaeger.⁴¹ Etik prensiplere uymadan, hiçbir avukat "adliyenin organı" olamaz derken, bir yandan mesleğini icrada avukatın rehberinin ne olması gerektiğine, diğer yandan hukukî müeyyidenin, yasal kontrolün meslek kurallarına uygunluğu sağlamaya yetmeyeceğine de işaret etmiş olmaktadır.

Anonim Şirket kurabileceği öğretide de büyük ölçüde paylaşılmaktadır. Konuya ilişkin genel bilgi için bkz., Pluskat, Sorika, *Die Ausgestaltung der Rechtsanwaltsge-sellschaft*, AnwBl 2003, s. 131-141.

³⁹ Federal Maliye Yüksek Mahkemesi (Vergi Hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda son yargı mercii), Avukatlık Anonim Şirketleri'nin de mahkemede temsil yetkisine sahip olduğu yönünde karar vermiştir; karar metni için bkz., Bundesfinanzhof (BFH), 11.3.2004-VII R 15/03 (FG Köln), NJW 2004, s. 1974 vd. Ayrıca işaret edelim ki BRAO, § 59 l. 3, Avukatlık Limited Şirketi'nin temsil yetkisine ceza muhakemesi bakımından bir sınırlandırma getirmektedir: "Ceza Muhakemesi Kanunu §§ 137 vd. anlamında müdafî, yalnız avukatlık şirketi adına hareket eden kişilerdir."

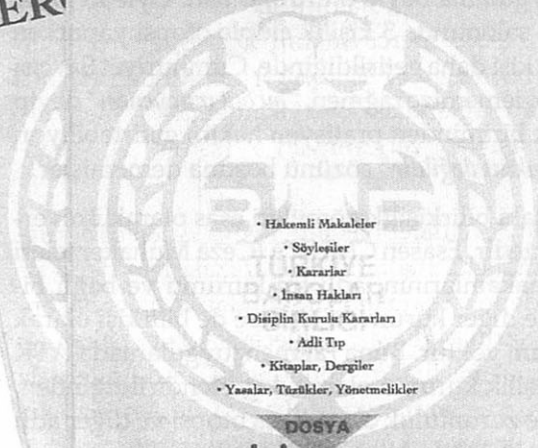
⁴⁰ OLG Nürnberg, 22.6.2004-3 U 334/04, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 30.6.2004, s. 21.

⁴¹ Jaeger, Renate, *Rechtsanwälte als Organ der Rechtspflege-Notwendig oder überflüssig? Bürde oder Schutz?*, NJW 2004, s. 5.

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-2808



- Hakemli Makaleler
- Söyleşiler
- Kararlar
- İnsan Hakları
- Disiplin Kurulü Kararları
- Adli Tıp
- Kitaplar, Dergiler
- Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler

DOSYA

YENİ İŞ YASASI Görüşler - Değerlendirmeler

01.05.2003

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne
abonelik için;

arayın: **(0212) 210 0 110**

ya da tıklayın:

www.abonet.net

abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

DANIŞTAY'IN İDARİ GÖREVLERİ VE KARARLARI

Evren ALTAY*

GİRİŞ

Danıştay: Merkezi İdarenin Yardımcı Kuruluşu

Danıştay Kanunu'nun 1. maddesinde Danıştay, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile görevlendirilmiş Yüksek İdare Mahkemesi, danışma ve inceleme merci olarak tanımlanmaktadır. Yüksek mahkeme olarak nitelendirilmesi Danıştay'ın yargısal fonksiyonunu, danışma ve inceleme mercii olarak nitelendirilmesi ise Danıştay'ın idari fonksiyonunu ortaya koymaktadır. İdari fonksiyonu dolayısıyla yerine getirmekle yükümlü kılındığı görevleri de, Danıştay'ın idari görevlerini oluşturmaktadır.

Danışma ve inceleme mercii olarak bir idare organı olan Danıştay, merkezi idarenin yardımcı kuruluşlarından biri olarak kabul edilmektedir.¹ Bu değerlendirme, Anayasa'nun 123. maddesinde ifadesini bulan "idarenin bütünlüğü ilkesi" ne de uygun bulunmaktadır.

"İdarenin kanuniliği ilkesi" uyarınca her idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenlenmesi zorunludur. Konumu itibariyle taşıdığı özel önem nedeniyle Danıştay'ın idari görevlerine ilişkin düzenlemeye doğrudan Anayasa'da yer verilmiştir.

Anayasa, madde 155/2 "Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulu'nca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, Tüzük Tasarıları'nı incelemek, idari uyumsuzlukları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir."

* Hakim.

¹ Günday, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 363; Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut; *İdare Hukuku C. I*, Genel Esaslar, Turhan Kitap Evi, Ankara, 2001, s.193

Anayasa'nın 155. maddesinin anılan hükmü, Danıştay'ın idari görevlerine dayanak teşkil etmekle beraber kanunla verilen diğer idari görevlerin de Danıştay'ca yerine getirilmesini öngörmesi nedeniyle Danıştay'ın idari görevlerini sınırlandırıcı nitelik taşımamaktadır. Nitekim, yasal düzenlemeler incelendiğinde başta Danıştay Kanunu ve Belediye Kanunu olmak üzere çeşitli kanunlar ile Danıştay'a idari görevler verildiği görülmektedir.

Danıştay'ca verilen kararların niteliği, yerine getirmekle yükümlü olduğu görevlerin niteliğine bağlı olarak değişmektedir. İdari görevleri dolayısıyla verdiği kararlar, yargısal görevleri dolayısıyla verdiği kararlarından farklı olduğu gibi idari kararları da hukuk alanında yarattıkları etkiler bakımından birbirine eşdeğer nitelikte değildir. İdari kararları arasındaki bu farklılığa, Danıştay'ın idari fonksiyonunun ortaya çıkışındaki farklılık neden olmaktadır. Bir başka deyişle bu farklılık, danışma ve inceleme mercii olarak Danıştay'ın yaptığı iki farklı görevden kaynaklanmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İnceleme Mercii Olarak Danıştay ve Görevleri

Danıştay'ın inceleme mercii olarak kabulü, bir konuyu inceleme görevinden değil, inceleme sonucunda verdiği kararların niteliğinden kaynaklanmaktadır. Danıştay, tüm idari kararlarını bir inceleme sonucu vermekle beraber inceleme mercii olarak verdiği kararlar merkezi idare ile yerinden yönetim kuruluşları bakımından uyulması zorunlu ve bağlayıcı nitelik taşımaktadır.

İnceleme mercii olarak Danıştay'ın yerine getirdiği görevler arasında ortak bir payda bulunmamaktadır. Amacı ve kapsamı birbirinden farklı olan bu görevlerin sınıflandırılmasında tek bir ölçütün esas alınmasına olanak bulunmamakla birlikte Danıştay'ın inceleme mercii olarak görevlerini, uyuşmazlıkları çözmek, belirli zincir işlemlerde karar sürecine katılmak ve kamu görevlilerinin yargılanmaları hakkında yetkili mercilerce verilen kararlara yapılan itirazları incelemek olarak üç gruba ayırmak, yapılabilecek sınıflandırmalar bakımından en genel ve kanımca en doğru olanıdır.

1. Uyuşmazlıkları Çözmek

Kanunlarda sınırlı olarak öngörülen konularda ortaya çıkan uyuşmazlıkların, idari başvuru yoluyla önüne getirilmesi halinde Danıştay bu uyuşmazlıkları çözmekle görevli kılınmıştır.

A. İdari Makamlar Arasında Çıkan Uyuşmazlıkları Çözmek

a. Görev ve Yetkiden Doğan Uyuşmazlıklar

Danıştay, idari makamlar arasında görev ve yetkiden doğan ve Başbakanlık'tan gönderilen uyuşmazlıkları çözmekle görevlidir. (Danıştay Kanunu m. 42/d)

İdari makamlar arasında görev ve yetkiden doğan bir uyuşmazlığın varlığı için, birden çok idari makamın aynı konuda kendilerini görevli veya yetkili görmeleri ya da karşılıklı olarak birbirlerinin görevli veya yetkili olduklarını iddia etmeleri gerekmektedir.

“İzmir İli, Torbalı İlçesi, Demirci (Yeşilköy) ve Yoğurtçular köylerinin İzmir Büyükşehir Belediyesi mücavir alan sınırları dışına çıkarılması karşısında, bu alan içerisinde yer alan ve Tahtalı Barajı Su Toplama Havzası'nda kalan kaçak yapıların yıkım işlemlerinde İZSU Genel Müdürlüğü ile İzmir Valiliği'nden hangisinin yetkili olduğu hususunda ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümü istenilmektedir.

...

Dosyanın incelenmesinden, Tahtalı Barajı Su Toplama Havzası'nda yer alan İzmir İli, Torbalı İlçesi, Demirci (Yeşilköy) ve Yoğurtçular köylerindeki dere mutlak koruma alanlarında tespiti yapılan zararlı tesis ve yapılar hakkında, İzmir şehrinin yararlandığı su kaynaklarını kirletmeleri nedeniyle İZSU Yönetim Kurulu'nca yıkım kararları alındığı, söz konusu kaçak yapıların yıkımı için İZSU Genel Müdürlüğü'nce yıkım programı hazırlandığı, 22.1.2003 tarihinde bu yapıların yıkımı için bölgeye gidildiğinde yıkım işlemlerinin bazı gerekçelerle Torbalı Kaymakamlığınca ileri bir tarihe ertelendiği, 25.2.2003 tarihinde ikinci kez yıkım işlemleri için bölgeye gidildiğinde bu kez Kaymakamlıkça yıkım işlemlerinin Haziran 2003 sonuna ertelendiği, İzmir Valiliği'nin 21.5.2003 günlü ve 4469 sayılı yazısıyla; Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nun 21.5.2003 günlü, Teknik Araştırma ve Uygulama Genel Müdürlüğü 1155-5782 sayılı yazısı uyarınca 1/25000 ölçekli Tahtalı Barajı Su Toplama Havzası Çevre Düzeni Planında 3194 sayılı Kanununun 45. maddesi uyarınca resen yapılan değişiklikle Torbalı İlçesi Demirci (Yeşilköy) ve Yoğurtçular Köylerinin İzmir Büyükşehir Belediyesi mücavir alanından çıkarılarak İzmir Valiliği yetki alanına dahil edildiğinin, söz konusu alanda yapılan işlemlerin durdurulması gerektiğinin İZSU Genel Müdürlüğü'ne bildirildiği, anılan köylerin büyükşehir mücavir alan sınırları dışına çıkarılması nedeniyle sözkonusu kaçak yapıların yıkım işlemlerinin gerçekleştirilmesi hususunda İzmir Valiliği ile İZSU Genel Müdürlüğü arasında ortaya çıkan görev ve yetki uyuşmazlığının çözümlenmesi istemiyle konunun Dairemize intikal ettirildiği anlaşılmaktadır.

...

Sonuç olarak; açıklanan nedenlerle İzmir Büyükşehir Belediyesi mücavir alan sınırları dışına çıkarılan Torbalı İlçesi, Demirci (Yeşilköy) ve Yoğurtçular köylerinde Tahtalı Barajı Su Toplama Havzası'nın mutlak, dere mutlak ve kısa mesafeli koruma alanlarında inşa edilmiş ve haklarında İZSU Yönetim Kurulu'na yıkım kararı alınmış kaçak yapı ve tesislerin yıkımı işlemlerini ifada İZSU Genel Müdürlüğü'nün yetkili ve görevli olduğu sonucuna ulaşılarak dosyanın Danıştay Başkanlığı'na sunulmasına 31.10.2003 gününde oybirliğiyle karar verildi.”²

İdari makamlar arasında görev ve yetkiden doğan uyuşmazlıkların, idari yoldan çözümlenme zorunluluğu bulunmamakta olup bu uyuşmazlıkların idari davalara konu oluşturabilmesine de bir engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte idarelerin, söz konusu uyuşmazlığın çözümünü, Danıştay Kanunu'nun 42. maddesinin (d) bendi uyarınca Danıştay'dan istemeleri durumunda konuya ilişkin olarak Danıştay'ca verilecek karar, idareler bakımından uyulması zorunlu bir karar niteliği taşımaktadır.³

İdari makamlar arasında çıkan görev ve yetki uyuşmazlığının, yargı yerlerinde görülmekte olan ya da karara bağlanan dava konularıyla ilgili bulunması halinde, Danıştay'ca bu uyuşmazlığın idari yoldan çözümlenmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmemektedir.

“İstem, çevre düzeni planlarının yapılması, yaptırılması ve onaylanması konularında Bayındırlık ve İskan Bakanlığı ile Çevre Bakanlığı arasında ortaya çıkan yetki uyuşmazlığının çözümü hakkında karar verilmesine ilişkindir.

...

Dosyadaki bilgi ve belgeler ile idare temsilcilerinin açıklamalarından, çevre düzeni planlarının yapımı konusunda Bayındırlık ve İskan Bakanlığı ile Çevre Bakanlığı tarafından tesis edilen işlemler aleyhine, söz konusu işlemlerin yetki unsuru yönünden hukuka aykırı bulunduğu öne sürülerek davalar açıldığı ve bunlardan bir kısmının karara bağlandığı anlaşıldığından, yargı yerlerinde görülmekte olan ya da karara bağlanan dava konuları ile ilgili olarak ve yargı kararlarıyla çözümlenmiş bulunan yetki uyuşmazlığı hakkında Dairemizce karar verilmesine olanak bulunmadığına ve dosyanın Danıştay Başkanlığı'na sunulmasına 21.11.2002 gününde oybirliği ile karar verildi.”⁴

Aralarında görev ve yetki uyuşmazlığı çıkan idarelerin, bağımsız tüzelkişiliklerinin bulunmayıp aynı tüzelkişilik içinde yer almaları durumunda

² D. 1. Da., 31.10.2003 günlü, E: 2003/136, K: 2003/147

³ Dinçer, Güven, “İdari Makamlar Arasında Görev ve Yetki Uyuşmazlığı,” *Yüzyıl Boyunca Danıştay*, 1968, Ankara, s. 823.

⁴ D. 1. Da., 21.11.2002, E: 2002/170, K: 2002/184; Dairenin benzer bir diğer kararı, 6.1.1962, E:1962/1, K: 1962/1.

ise bu idareler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların, dava konusu edilmek suretiyle yargı yerlerinin önüne getirilemeyeceği,⁵ aralarında ortaya çıkabilecek diğer uyuşmazlıklarda olduğu gibi idari yoldan çözümlenmesinin zorunlu olduğu kabul edilmektedir. Bu bağlamda, söz konusu idareler arasında çıkan görev ve yetkiden doğan uyuşmazlıkların çözümünün, söz konusu idarelerin ortak üst makamınca ya da bu makamın talebi halinde Danıştay'ca gerçekleştirilmesi zorunlu bulunmaktadır.

Danıştay'dan çözümü talep edilen uyuşmazlığın gerçekleşmiş olması gerektiği, idari makamlar arasında henüz var olmayan ancak ortaya çıkması olası uyuşmazlıkların çözümünün Danıştay'dan istenemeyeceği, olası uyuşmazlıkların çözümü isteminin, ancak istişare görüş istemine konu oluşturabileceği kabul edilmektedir.⁶

B. Kamulaştırma Kanunu'nun 30. Maddesinden Doğan Uyuşmazlıklar

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesinde, kamu tüzelkişilerinin ve kurumlarının sahip oldukları taşınmaz mal, kaynak veya irtifak haklarının diğer bir kamu tüzelkişisi ya da kurumunca kamulaştırılamayacağı belirtildikten sonra, bunlara ihtiyacı olan idarenin mal sahibi idareye devir talebiyle yazılı olarak başvuracağı, mal sahibi idarenin devre muvafakat etmemesi ya da altmış gün içinde cevap vermemesi halinde alıcı idarenin Danıştay'a başvurarak anlaşmazlığın çözümünü isteyebileceği, bu durumda Danıştay'ca verilecek kararın kesin olduğu hükme bağlanmıştır.

Bu hüküm uyarınca, Danıştay'a başvuracak idarenin, öncelikle kamulaştırma yetkisine sahip bir idare olması gerekmektedir.⁷ Kamulaştırma yetkisine sahip idarelere ise, Kamulaştırma Kanunu ile ancak yasalar gereğince yapmakla yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmazları kamulaştırma veya diğer bir idareden devir isteminde bulunma yetkisi tanınmaktadır.⁸

"Dosyanın incelenmesinden ve temsilcilerin açıklamalarından, mülkiyeti ait İli, İlçesi, Mahallesi, 59 pafta, 338 ada, 9 parsel sayılı, 6761 m2 yüzölçümlü taşınmaz üzerinde yapılan gecekonduyla ilgili mülkiyet sorununun çözümlenmesi amacıyla bu taşınmazın 2942 sayılı Yasa'nın 30. maddesi gereğince Belediyesi'ne devrinin istenildiği anlaşılmaktadır.

⁵ DİDDGK, 12.12.1997, 1995/930, K: 1997/703, DD., s. 96, s. 55-57; D. 6. Da., 4.12.1997, E: 1996/5117, K: 1997/5544, DD., s. 96, s. 230-233; D. 10. Da., 3.2.1998, E: 1996/2487, K: 1998/473, DD, S. 97, s. 646, 648.

⁶ D. 1. Da., 8.2.1977, E: 1976/17, K: 1977/3.

⁷ D. 1. Da., 30.1.1987, E: 1987/7, K: 1987/31.

⁸ D. 1. Da., E:1997/155, K: 1997/178, DD. 96, s. 35-37.

2942 sayılı Yasa idarelere, ancak yasalar gereğince yapmakla yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmazları bu Yasa'da belirtilen hükümler uyarınca kamulaştırmaya veya bir diğer idareden devralmaya olanak tanımaktadır.

Belediyelerin görevleri 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinde belirtilmekte, 16. maddesinde de bu görevlerden hangilerinin belediyelerce yerine getirilmesinin zorunlu olduğu vurgulanmakta olup bunlar arasında belde sakinlerinin taşınmaz mülkiyetine ilişkin sorunlarının çözümü yer almamaktadır.

Bu durumda, söz konusu taşınmazın yukarıda açıklanan esaslar çerçevesinde 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca Belediyesi'ne devrine yasal olanak bulunmadığından istemin reddine ve dosyanın Danıştay Başkanlığı'na sunulmasına 11.12.2001 gününde oybirliğiyle karar verildi."⁹

İdarelerin, yerine getirmekle yükümlü oldukları bir hizmetin ifası için devir talebinde bulunmaları halinde ise Danıştay, devri istenen taşınmaz mala hangi kamu tüzel kişinin veya kurumunun daha fazla ihtiyacı olduğunu belirleyerek uyuşmazlığı çözümlenmektedir.

" İli, İlçesi, Mahallesi, 34 pafta, 337 ada, 93 parsel sayılı, mülkiyeti İl Özel İdaresine ait 4110,59 m² yüzölçümlü taşınmazın 48 m²'lik kısmının 1/1000 ölçekli uygulama imar planında trafo alanı olarak ayrıldığı ve bölgenin enerji ihtiyacının karşılanması için burada trafo binası yapımına ihtiyaç bulunduğu öne sürülerek Genel Müdürlüğü tarafından devri istenilmekte ise de, dosyanın incelenmesinden, bir ilköğretim okulunun bahçesinde yer alan istem konusu taşınmaza İl Özel İdare Müdürlüğü'nün daha fazla ihtiyacı bulunduğu anlaşıldığından, söz konusu taşınmazın devrine ilişkin istemin reddine ve dosyanın Danıştay Başkanlığı'na sunulmasına 28.3.2002 gününde oybirliğiyle karar verildi."¹⁰

Kamu tüzel kişileri ve kurumları arasında, devri istenen taşınmaz malın bedeline ilişkin olarak ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümü, adli yargının görev alanına girmektedir. Bununla birlikte, taşınmazın bedeli üzerinde tarafların anlaşamamaları nedeniyle devir talebinin reddi halinde de uyuşmazlık (bedele ilişkin kısmı hakkında karar verilmeksizin) Danıştay'ca çözümlenmektedir.

"Mülkiyeti ait 27 pafta, 1729 parsel sayılı taşınmazın uyuşmazlık konusu 179.61 m²'lik kısmı üzerinde, Genel Müdürlüğü'nce Belediyesi elektrik şebekesi kapsamında yaptırılan trafo binasının bulunması nedeniyle söz konusu taşınmaza Genel Müdürlüğü'nün daha çok gereksinimi olduğu açıktır. Diğer

⁹ D. 1. Da., 11.12.2001, E: 2001/159, K: 2001/172.

¹⁰ D. 1. Da., 28.3.2002, E: 2002/32, K: 2002/42.

yandan, 1996 yılından bu güne değin Bakanlığı ile Genel Müdürlüğü arasındaki yazışmaların anılan taşınmazın bedeline yönelik olduğu, bedel üzerindeki anlaşmazlığın 2942 sayılı Yasa'nın 30. maddesinde öngörüldüğü biçimde çözümleneceği, adı geçen idareler arasında sözü edilen taşınmazın devri ile ilgili bir uyuşmazlık bulunmamasına karşın devir işleminin sonuçlandırılmamasının kamu hizmetinin gerekleriyle bağdaşmadığı ortadadır.

Açıklanan nedenlerle, mülkiyeti ait İlçesi, Kasabası, Mevkii, 27 pafta, 1729 parsel sayılı taşınmazın 179.61 m²'lik kısmının devrine ve dosyanın Danıştay Başkanlığı'na gönderilmesine 3.7.2002 gününde oybirliğiyle karar verildi."¹¹

B. İdari Vesayet Makamı Olarak Uyuşmazlıkları Çözmek

Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca merkezi idare, mahalli idareler üzerinde kanunda belirtilen usul ve esaslar dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir. Merkezi idareye vesayet yetkisi tanınmasının nedeni, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacına yönelik bulunmaktadır. Vesayet makamlarının denetimi, salt hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı kalmamakta, kamu yararı ve hizmet gerekleri de gözetilmektedir.

Vesayet yetkisinin niteliği gereği vesayet makamları, yerinden yönetimlerin yerine geçerek karar alamamakta, yerinden yönetimlerin vesayet denetimine konu kararlarını denetlemekte ve bunlar hakkında karar vermektedir.¹²

İdari vesayet yetkisi, niteliği itibarıyla esas ve usulleri kanunla belirlenmiş bir yetki olduğundan bu yetkinin, açıkça öngörüldüğü konu ve usuller dışına yorum yoluyla taşırılmasına olanak bulunmamaktadır.¹³

Merkezi idarenin yardımcı bir kuruluşu olan Danıştay, bazı yasalarla kendisine verilen ve yerine getirmekle yükümlü olduğu kimi idari görevler yönünden, idari vesayet yetkisi ile donatılmış bulunmaktadır. Danıştay'a idari vesayet yetkisi verilmesi, bu yetkinin tarafsız kurullarca yerine getirilmesini sağlamak amacına yönelik bulunmaktadır.¹⁴ Bu görevlerini yerine getirirken Danıştay, bir idare organı imişcesine idari kararlar almaktadır.

¹¹ D. 1. Da., 3.7.2002, E: 2002/89, K: 2002/102.

¹² Gözübüyük A., Şeref/Tan, Turgut, a.g.e., s. 156.

¹³ D. 1. Da., 7.6.1994, E: 1994/88, K: 1994/91.

¹⁴ DİİK, 25.9.1986, E: 1986/118, K: 1986/84.

Danıştay'a idari vesayet yetkisi tanıyan hükümler, Belediye Kanunu ve İl Özel İdaresi Kanunu'nda yer almaktadır. Yasaların ilgili hükümleri incelendiğinde Danıştay'a tanınan idari vesayet yetkisinin, diğer vesayet makamlarından farklı ve kural olarak, kendisine yapılan bir başvuruya bağlı kılındığı görülmektedir. Belediye Kanunu'nun 72. maddesi, bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır.

a. Belediye Kanunu'ndan Doğan Uyuşmazlıklar

Anayasa'nın 127. maddesinde öngörülen idari vesayet yetkisinin belediyeler üzerinde kullanımına ilişkin düzenlemelere, Belediye Kanunu'nda yer verilmiş ve bu düzenlemelerden bir kısmında idari vesayet makamı olarak Danıştay kabul edilmiştir.

Danıştay Kanunu'nun 42. maddesinin (1) bendinde *"Belediye Kanunu ile Danıştay'a verilir idari davaya konu olmayan işleri"* incelemek ve gereğine göre karara bağlamak görevi, Danıştay 1. Dairesi'ne verilmiş olduğundan Belediye Kanunu'nun aşağıda yer verilen maddeleri kapsamında ortaya çıkan bir uyuşmazlığın Danıştay'ca çözümlenebilmesi, söz konusu uyuşmazlığın fiilen bir davaya konu oluşturamamasına bağlı bulunmaktadır.¹⁵

*"Şu hale göre, ilgililer belediye meclislerince verilen kesin kararlar hakkında idari itiraz ya da dava yoluna başvurabilecekler, bu yollardan her ikisine birden başvurulması halinde konuyu idari itiraz yoluyla inceleyen idari daire, dosyadaki bilgi ve belgelerden işin dava konusu edildiğini saptaması durumunda, 2575 sayılı Kanun'un 42. maddesinin (1) bendi gereğince konuyu incelemeksizin reddedecektir."*¹⁶

Danıştay 1. Dairesi'nce yapılan incelemede yargı yoluna başvurulduğunun saptanması halinde istemin incelenmeksizin reddine karar verilmesi, böyle bir durumun saptanamaması halinde ise yapılan itirazın esastan incelenerek karara bağlanması gerekmektedir.

"1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 73. maddesinde, kesin olan belediye meclisi kararlarına karşı yapılacak itirazın yöntemi gösterilmiştir. Bu madde ile Danıştay verilen görev, il merkezi olan beldelerde, belediye başkanı ve ilgililer tarafından İçişleri Bakanlığı'na başvurularak yapılan itirazların Vali'nin görüşü de alınarak gönderilmesi üzerine Danıştay'ca bir ay içinde incelenerek karara bağlanacağına ilişkin bulunmaktadır. Maddeyle amaçlanan, genel idarenin belediyeler üzerindeki vesayet yetkisinin kullanılmasıdır. Bu görevin Danıştay'a verilmesinin nedenininin"

¹⁵ D. 1. Da., 21.10.2002, E: 2002/160, K: 2002/166; 5.10.1999, E: 1999/91, K: 1999/140; 8.7.1998, E:1998/124, K: 1998/115.

¹⁶ D. 1. Da., 2.3.1998 E: 1998/26, K: 1998/37.

de idari vesayet yetkisinin tarafsız kurullarca yerine getirilmesinin sağlanması olduğu açıktır.

Belediye Kanunu'nun 73. maddesinde belediye meclisinin kesin olduğu ifade edilen kararları hakkında menfaatleri ihlal edilenler tarafından idari dava açılabilmesi olanağının bulunması usulü, bu maddede gösterilen vesayet denetiminin işletilmesine engel olmamalıdır. 73. maddeyle Danıştay'a verilen bu görevi idari niteliği itibarıyla Danıştay'ın idari dairelerine ait bir görev olması gerekir. Nitekim, Danıştay Kanunu'nun 42. maddesinde, 1. Daire'nin görevleri sayılırken, 'ı' bendinde yer alan, 'Belediye Kanunu ile Danıştay'a verilip idari davaya konu olmayan işler' ibaresinden Belediye Kanunu'yla verilen bu tür görevler ifade edilmek istenmiştir. Bu ibareyle, Belediye Kanunu'yla Danıştay'a verilip idari davaya konu olmayan işlerin ifade edilmek istendiği yolundaki bir düşünce, Anayasa'nın idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu ilkesi karşısında, 'Belediye başkanı ve alakadarlar' tarafından yapılacak itirazlar üzerine Danıştay'a verilen idari görevin yürütülmesini olanaksız hale getirecektir. Kaldı ki, Belediye Kanunu'nun 73. maddesi hükmünün Danıştay'ın hangi dairesinde uygulanacağını gösteren görev maddesinin 73. maddenin esasını değiştirdiğini ya da bu hükmü kaldırdığını düşünmek esasen mümkün değildir. Bu nedenlerle Danıştay Kanunu'nun 42. maddesinin 'ı' bendindeki 'İdari davaya konu olmayan işler' ibaresinin fiilen dava konusu edilmemiş işleri kapsadığı açıktır.

Başka bir ifade ile, 1580 sayılı Kanun'un 73. maddesiyle Belediye Başkanları'na ve üçüncü şahıslara tanınan idari itiraz yolu, menfaati haleldar olanların açacakları iptal davalarına mani olamayacağı gibi, dava hakkının mevcudiyeti de, henüz idari dava konusu yapılmamış, fiilen dava konusu edilmemiş işlerin idari itiraz yolu ile Danıştay'da incelenebilmesini engelleyemez. İlgili, idari itiraz yolunu veya dava yolunu seçmekte tamamen serbesttir. Bu yollardan ikisine birden müracaat edilmişse ve konuyu idari itiraz yoluyla inceleyen idari daire, dosya içindeki belgelerden işin fiilen dava konusu edildiğini saptayabiliyorsa, 2575 sayılı Kanun'un 42. maddesinin 'ı' bendi gereğince konuyu incelemeksizin reddeder. Bunun dışında önüne gelen itirazı incelemek durumundadır."¹⁷

3030 sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'da, Büyükşehir Belediye Meclisi kararlarına karşı yapılacak itirazlarla ilgili olarak herhangi bir hükme yer verilmemekle birlikte 21. maddesinde, 1580 sayılı Kanun'un ve diğer ilgili mevzuatın 3030 sayılı Kanun'a aykırı olmayan hükümlerinin Büyükşehir Belediyeleri hakkında da uygulanacağını öngörülmesi nedeniyle bu kararlara karşı da Belediye Kanunu hükümleri uyarınca itirazda bulunulabileceği kabul edilmektedir.¹⁸

¹⁷ DİİK, 25.9.1986, E: 1986/118, K: 1986/84.

¹⁸ D. 1. Da., 6.10.1997, E: 1997/118, K: 1997/125; DD. 95, s. 18-23; 5.10.1998 E: 1998/150 K: 1998/211.

aa. 71. Maddeden Doğan Uyuşmazlıklar

Belediye Kanunu'nun 70. maddesinin 1, 2, 3, 4, 5, 8, 9, 13 ve 15. fıkralarında gösterilen konularda alınan belediye meclisi kararlarının yürürlüğe girmesi, bu kararların mahalli en büyük mülkiye amirinin onayına bağlı kılınmış ve meclis kararının bir hafta içinde mülkiye amiri tarafından onaylanmaması halinde belediye meclisinin istemi üzerine konunun Danıştay'ca inceleneceği hükme bağlanmıştır. Konunun Danıştay'ca incelenebilmesi için belediye meclisince bu yönde alınmış bir kararın varlığı gerekli ve yeterli bulunmaktadır. Belediye meclisince karar alınmaksızın Danıştay'a yapılan başvurular, incelenmeksizin reddedilmektedir.¹⁹

Söz konusu inceleme talebi üzerine Danıştay tarafından bir ay içinde karar verilmesi gerekmektedir.

Yapılan inceleme talebi, mülkiye amirinin kararına itiraz mahiyetindedir. Bu nedenle, yapılan vesayet denetimi sonucunda, itiraz haklı görüldüğü takdirde meclis kararının onanmaması yolundaki mülkiye amiri kararı iptal edilmekte ve meclis kararı onanmakta, mülkiye amirinin işleminin uygun bulunması halinde ise itiraz reddedilmektedir.

Belediye Kanunu'nun 142. maddesi uyarınca 71. madde hükmü, belediye birliklerinin meclis kararları bakımından da geçerlidir.

Büyükşehir Belediye Meclislerince alınan kararlar bakımından 71. maddenin uygulanabilmesi, yalnızca bütçeye ilişkin olarak alınan kararlar bakımından söz konusudur. Zira büyükşehir belediye meclislerini diğer kararlarının yürürlüğe girmesi, mülki idare amirinin onayına bağlı bulunmamaktadır.²⁰

ab. 73. Maddeden Doğan Uyuşmazlıklar

Yasa'nın 73. maddesinde, 71 ve 72. maddelerde yazılı hususlara ilişkin olmayan belediye meclis kararlarının kesin olduğu belirtilmiştir. Bir başka deyişle bu kararların yürürlüğe girmesi, herhangi bir onaya bağlı bulunmamaktadır. Ancak, belediye başkanları ile ilgililere, bu kararlara karşı kararın ilan edildiği tarihten itibaren on gün içinde il merkezi olmayan yerlerde valiliğe, il merkezlerinde ise İçişleri Bakanlığı'na başvurmak suretiyle itiraz hakkı tanınmıştır. Valiliğe yapılan itirazların kaymakamın görüşü alındıktan sonra İl İdare Kurulu'nca karara bağlanacağı, İçişleri Bakanlığına yapılan itirazların ise valinin görüşü alındıktan sonra Danıştay ilgili dairesince incelenip karara bağlanacağı hükme bağlanmıştır.

¹⁹ D. 1. Da, 14.7.2003 E: 2003/97, K: 2003/103.

²⁰ D. 1. Da., 24.4.2003, E: 2003/56, K: 2003/52, DKD. 2, s. 30-32.

Belediye meclislerince verilen kesin kararlara karşı belediye başkanı ile ilgililere tanınan itiraz hakkı, bir dava olmayıp idari bir başvuru yoludur.²¹

On günlük itiraz süresinin geçirilmesinden sonra yapılan itirazlar, süre aşımı nedeniyle incelenmeksizin reddedilmektedir.²² Valinin konu hakkındaki görüşünün alınmaksızın İçişleri Bakanlığı'nca itiraz dilekçesinin Danıştay'a gönderilmesi halinde de Kanun'a uygun olmayan başvuru incelenmemektedir.²³

Belediye başkanlarının yanı sıra maddede yazılı konularla ilgili kişilerin de belediye meclisi kararlarına karşı itiraz yoluna başvurabilecekleri yolundaki Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararı,²⁴ itiraz hakkı tanınan "ilgililer" in meclis kararlarından dolayı kişisel hak veya menfaati ihlal edilenler olduğu şeklinde uygulanmaktadır.²⁵

Bu çerçevede, itiraz konusu karara karşı oy kullanan Belediye Meclisi üyeleri de "ilgililer" kapsamında değerlendirilerek başvuruları incelenmektedir.²⁶

Anılan madde hükmü, ilgililere belediye meclisi kararlarına karşı itirazda bulunma hakkı getirmekle beraber ilgililerin, belediye meclis kararına karşı doğrudan iptal davası açma hakkına engel oluşturmamaktadır.²⁷ Hatta idari yoldan itiraz edilmiş olması, aynı zamanda ya da daha sonra dava açılmasına da bir engel oluşturmamaktadır.

"Belediye Kanunu'nun 73. maddesi gereğince alınan belediye meclisinin kesin kararlarına karşı menfaatleri ihlal edilenler tarafından idari dava açılması olanağı bulunmakla birlikte, 73. maddeyle Danıştay'a verilen görev, idari niteliği itibariyle Danıştay'ın idari dairelerine ait bulunmaktadır. Bu durumda, Anayasa'nın, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu ilkesi karşısında 2575 sayılı Kanun'un 42. maddesinin 'i' bendindeki 'İdari davaya konu olmayan işler' ibaresinden fülen dava konusu edilmemiş işleri anlamak gerekir. Başka bir deyimle, 1580 sayılı Kanun'un 73. maddesiyle Belediye Başkanı ve ilgililere tanınan idari itiraz yolu, menfaatleri ihlal edilenlerin açacakları iptal

²¹ D. 1. Da., 3.2.1997, E: 1997/119, K: 1997/161.

²² D. 1. Da., 22.2.2000 E: 1999/148, K: 2000/26.

²³ D. 1. Da., 16.6.1994/E: 1994/89, K: 1994/96.

²⁴ DİBK, 5.11.1954, E: 1954/145, K: 1954/167, RG, 8.2.1955, S. 8995.

²⁵ D. 1. Da., 24.6.2002, E: 2002/66, K: 2002/91; 30.11.2000, E: 2000/167, K: 2000/181.

²⁶ D. 1. Da., 17.10.2003 E: 2003/125, K: 2003/138 Danıştay 8. Dairesi de belediye meclisi üyelerinin, meclis kararlarına karşı dava açılabilceğini kabul etmektedir. 26.12.1989,E: 1988/754, K: 1989/1084.

²⁷ D. 6. Da., 16.10.1996, E: 1996/474, K: 1996/4386 DD., s. 93, s. 318; 5.10.1993, E: 1992/5106, K: 1993/3980, DD. s. 89 , s. 306-307; 14.11.1994, E: 1994/4194, DD. s. 90, s. 702-705.

*davalarına mani olmayacağı gibi, dava hakkının bulunması da henüz idari dava konusu yapılmamış işlerin itiraz yolu ile Danıştay'da incelenmesini engellemez. Bu yollardan her ikisine birden başvurulması halinde konuyu idari itiraz yoluyla inceleyen daire, itirazı 2575 sayılı Kanun'un 42. madde 'i' bendi gereğince incelenmeksizin reddetmek zorundadır."*²⁸

Danıştay, yapılan başvuruyu haklı bulması halinde itirazın kabulü ile belediye meclis kararının iptaline, aksi taktirde itirazın reddine karar vermektedir.

Belediye Kanunu'nun 142. maddesi uyarınca, 73. madde hükmü, belediye birliklerinin meclis kararları bakımından da geçerlidir.

ac. 74. Maddeden Doğan Uyuşmazlıklar

Belediye meclislerinin, görev ve yetkisi dışında ya da olağan ve olağanüstü toplantılar haricinde ya da kanuna ve tüzüklere aykırı olarak aldığı iddia olunan kararlarının, talep edilmesi halinde idari vesayet makamlarınca incelenerek tasdik veya iptal edilecekleri öngörülmektedir. Buna göre, il merkezi dışındaki belediye meclislerince alınan kararlar valinin istemi üzerine İl İdare Kurulu'nca, il merkezi olan yerlerin belediye meclislerince alınan kararlar ise İçişleri Bakanlığı'nun istemi üzerine Danıştay'ca tasdik veya iptal olunmaktadır.

İptal istemiyle Danıştay'a yapılacak başvurularda, iptali istenen hususlar ile iptal isteminin hukuki dayanaklarının açıkça belirtilmesi zorunludur. Aksi halde, iptal isteminin incelenmesine olanak bulunmadığına karar verilmektedir.²⁹

74. madde ile 73. madde hükmünün kıyaslanması

1. 74. maddede, 73. maddeden farklı olarak belediye meclis kararlarının iptal edilebilmesi, belirli hususlara aykırılık sebepleri ile sınırlandırılmıştır. Bunlar; kararın olağan veya olağanüstü toplantı dışında alınmış olması, kanunla görevli ve yetkili kılınmayan bir konuda alınmış olması ve belediye meclisi kararının kanun ve tüzük hükümlerine aykırılık oluşturması halleridir.

Danıştay, belirtilen haller dışında 74. madde uyarınca belediye meclisi kararlarının iptal edemeyecektir. Kural olarak vesayet denetimi, hukuka uygunluk denetimi ile yerindelik denetimini kapsamakla beraber 74. madde uyarınca yapılan denetim yalnızca mevzuata uygunluk denetimi olmaktadır.³⁰

²⁸ D. 1. Da., 28.1.1994, 1993/278, K: 1994/14.

²⁹ D. 1. Da., 3.6.2002 E: 2002/72, K: 2002/81.

³⁰ D. 1. Da., 1.10.2003 E: 2003/137, K: 2003/129.

2. 73. maddede belediye meclisi kararlarına karşı on gün içinde itirazda bulunulabileceği öngörülmekte iken 74. maddede iptal isteminde bulunulabilmesi, herhangi bir süre ile sınırlandırılmamaktadır.

3. 73. maddede iptal isteminde bulunabilme hakkı, belediye başkanı ile ilgililere tanınmış iken 74. m. uyarınca iptal isteminde bulunabilme hakkı münhasıran İçişleri Bakanlığı'na tanınmıştır. Bir başka deyişle, 73. madde uyarınca belediye başkanı ya da ilgililerce yapılan iptal istemini (itirazı) Danıştay'a iletmekle görevli olan İçişleri Bakanlığı, 74. madde uyarınca iptal isteminde doğrudan kendisi bulunmaktadır.

Belediye Kanunu'nun 142. maddesi uyarınca 74. madde hükmü, belediye birliklerinin meclis kararları bakımından da geçerlidir.

ad. 87. Maddeden Doğan Uyuşmazlıklar

Belediye başkanına, belediye encümeni kararlarından kanuna ve kamu yararına aykırı gördüklerinin yürütülmesini durdurma hakkı tanınmış olup bu durumda konunun idare kurullarınca incelenmesi için evrakı yerel en büyük mülkiye memuruna göndermesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Konuya ilişkin idare kurulu kararlarına karşı belediye başkanları ile encümene itiraz hakkı tanınmış ve ilçe idare kurullarına yapılan itirazın İl İdare Kurulu'nca, İl İdare Kurulu kararlarına karşı yapılan itirazın ise Danıştay tarafından bir ay içinde karara bağlanması öngörülmüştür.

ae. 97. Maddeden Doğan Uyuşmazlıklar

İl merkezi belediyelerinde, belediye başkanı ile belediye encümeni arasındaki uyuşmazlıkların başkan veya encümenin başvurusu üzerine, belediye meclisi ile belediye başkanı veya belediye encümeni arasındaki uyuşmazlıkların ise başkanın başvurusu üzerine, İl İdare Kurulu'nun görüşü alınarak Danıştay'ca çözümleneceği öngörülmektedir.

af. 123. Maddeden Doğan Uyuşmazlıklar

Belediye bütçeleri, mahalli en büyük mülkiye memurunun onayı ile kesinleşmektedir. Söz konusu onay, bütçenin aynen onaylanması şeklinde olabileceği gibi değiştirilerek onaylanması şeklinde de olabilmektedir.

Belediye bütçesinin bir hafta içinde onaylanmaması halinde belediye bütçesi kesinleşmiş sayılmakta, bütçenin değiştirilerek onaylanması halinde ise, yapılan değişikliğe karşı belediye meclislerince Danıştay'a başvuru hakkı tanınmaktadır. Bütçe üzerinde tasarrufta bulunan vesayet makamı

işlemine karşı iptal davası açılabilmesine hukuken olanak bulunmadığından, tanınan bu hakkın idari itiraz yoluyla kullanılması gerektiği kabul edilmektedir.³¹

Söz konusu itirazın Danıştay'ca incelenmesi sonucunda, mahalli en büyük mülkiye memuru tarafından yapılan değişikliğin hukuka aykırılığının saptanması halinde iptal edilerek bütçenin ilk hali onaylanmakta, hukuka uygun bulunması halinde ise iptal istemi reddedilmektedir.

Büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde kalan ilçe belediyelerinin bütçelerinin kabulüne ilişkin usul ve esaslar, 3030 sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunu'nda özel olarak düzenlendiğinden ilçe belediyeleri bütçeleri hakkında 1580 sayılı Yasa'nın 123. maddenin uygulanmasına olanak bulunmamaktadır. 3030 sayılı Yasa'nın 20. maddesinde, büyükşehir belediyesi sınırları içinde kalan ilçe belediye bütçelerinin, büyükşehir belediye meclisince aynen veya tadil edildikten sonra vali tarafından onaylanacağı, vali tarafından yapılan değişikliklere karşı bütçenin büyükşehir belediyesine intikalinden itibaren yirmi gün içinde büyükşehir belediye başkanınca görevli idari yargı mercilerine itiraz edilebileceği hükmü yer almaktadır.³²

b. İl Özel İdaresi Kanunu'ndan Doğan Uyuşmazlıklar

ba. 135. Maddeden Doğan Uyuşmazlıklar

İl Özel İdaresi Kanunu'nun 135. maddesinde, İl Genel Meclisi'nce alınan kararların valinin onayı ile kesinleşeceği, valinin bu kararları onaylamaması halinde onaylamadığına ilişkin tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren yirmi gün içinde itiraz yoluna başvurulabileceği, itiraz halinde konunun Danıştay'ca incelenerek karara bağlanacağı hükmü yer almaktadır.

Yapılan inceleme sonucunda itiraz edilen kararda hukuka ve kamu yararına uygunluk görülmediği takdirde itirazın kabulü ile ilgili kararın iptaline karar verilmekte, itirazın reddi halinde ise İl Genel Meclisi kararı kesinleşmiş olmaktadır.

bb. 141. Maddeden Doğan Uyuşmazlıklar

İl Özel İdaresi Kanunu'nun 141. maddesinde valinin, il daimi encümeni kararlarını, kanun, tüzük ve yönetmeliklere, meclis kararlarına veya

³¹ DİİK., 8.7.1982, E: 1982/108, K: 1982/129.

³² D. 1. Da., 16.9.2003, E: 2003/107, K: 2003/117, DKD. 3, s. 8-9.

kamu yararına aykırı görmesi halinde bu kararların bir sonraki toplantıda tekrar görüşülmesini isteyebileceği, il daimi encümeninin, kararında 2/3 çoğunlukla ısrar etmesi halinde ise valinin kesinleşen bu kararların uygulanmasını durdurarak iptali için idari yargı mercilerine başvurabileceği hükme bağlanmıştır.

İl daimi encümeninin söz konusu kararlarına karşı başvurulabileceği öngörülen “*idari yargı*” ibaresi ile kastedilenin, dava yolu olduğu yolundaki düşüncenin yanı sıra bu ibare ile idari itiraz yolunun amaçlandığı da ileri sürülmektedir. Anılan maddenin uygulanmasına ilişkin olarak yukarıda belirtilen görüş ayrılığı, konunun Danıştay Başkanlar Kurulu’nun gündemine girmesine de yol açmış ve Danıştay Başkanlar Kurulu, yerel yönetimlerle ilgili temel yasaların hiçbirinde yerel yönetim kararlarına karşı bir dava yolu öngörülmediği, idari davalara ilişkin mevcut yasal düzenlemeler uyarınca buna gerek de bulunmadığı, yasa koyucunun amacının itiraz yolu ile Danıştay’a başvurulması olduğu gerekçesiyle 141. madde uyarınca yapılan itirazların Danıştay 1. Dairesi’nce incelenmesi gerektiğine karar vermiştir.³³ Yapılan bu tür başvurular Danıştay Başkanlar Kurulu’nun söz konusu kararı gereğince Danıştay 1. Dairesi’nce incelenerek karara bağlanmaktadır. İl daimi encümeni kararının mevzuata, kamu yararına, hizmet gereklerine aykırılık oluşturmadığının saptanması halinde valinin başvurusu reddedilmekte,³⁴ aksi takdirde il daimi encümeni kararının iptaline karar verilmektedir.³⁵

bc. Yasa’nın 146. Maddesinden Doğan Uyuşmazlıklar

İl Özel İdaresi Kanunu’nun 146. maddesinde, birbirine komşu iller açısından ortak ve yürütülmesi İl Genel Meclisi’nin yetkisinde bulunan konularda uyuşmazlık çıkması halinde İçişleri Bakanlığı’nın görüşünün alınarak, kurulan ortak komisyonun kararının ilgili illerin valiliklerine bildirileceği ve valiliklerin bu kararı İl Genel Meclisi’ne götüreceği, meclis görüşmesi sonunda, komisyon kararının uygun görülmemesi halinde komisyona başkanlık eden vali tarafından konunun Danıştay’a sunulmak üzere İçişleri Bakanlığı’na gönderileceği hükme bağlanmıştır. İçişleri Bakanlığı’ndan gelen bu uyuşmazlığın, Danıştay’ca incelenerek karara bağlanması gerekmektedir.

³³ DBK, 26.5.1993, E: 1993/1, K: 1993/7.

³⁴ D. 1 Da., 29.9.2000 E: 2000/123, K: 2000/142.

³⁵ D. 1. Da., 26.11.1999, E: 1999/146, K: 1999/171.

2. Belirli Zincir İşlemlerde Karar Sürecine Katılmak

Aynı ya da değişik merci ve organların irade açıklamalarını gerektiren işlemler, idare hukukunda zincir işlem olarak adlandırılmaktadır.³⁶ Zincir işlemin icrailik kazanmasına yol açan son halkayı oluşturan işlem öncesindeki halkaları oluşturan işlemler, tek başlarına idari davaya konu oluşturmazlar.³⁷ “Ayrılabilir işlem” kuramı, bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır.³⁸ Belirli idari işlemlerin tekemmülü bakımından Danıştay’ca konu hakkında verilecek karar, söz konusu işlemin geçerlik kazanabilmesi ve yürürlüğe girebilmesi bakımından işlemin zorunlu bir unsuru olarak öngörülmektedir. Danıştay’ın bu görevinin, “belirli zincir işlemlerde karar sürecine katılmak” olarak ifade edilmesi mümkündür.

A. Danıştay’ın “Onaya” Bağlı Kararları

a. Derneklerin Kamuya Yararlı Sayılması Kararları

Bir derneğin kamu yararına çalışan derneklerden sayılması, ilgili bakanlıkların görüşü alınarak İçişleri Bakanlığı’nun önerisi, Danıştay İdari İşler Kurulu’nun kararı ve Bakanlar Kurulu’nun onayına bağlıdır. (Dernekler Kanunu, m. 59/1)

Konunun Danıştay İdari İşler Kurulu’nun önüne gelmesinin İçişleri Bakanlığı’nun iradesine bağlı olmadığı, bir derneğin kamuya yararlı dernek sayılması için yaptığı başvuru üzerine ilgili bakanlıkların görüşü alındıktan sonra derneğin başvurusunun İçişleri Bakanlığı’nun olumlu veya olumsuz önerisi ile birlikte Danıştay’a iletilmesinin zorunlu olduğu kabul edilmektedir.³⁹ Bir derneğin kamu yararına çalışan derneklerden sayılabilmesi için iki şartın gerçekleşmiş olması aranmaktadır. Bunlardan birincisi, derneğin en az bir yıldan beri faaliyette bulunması, diğeri ise derneğin amacı ve bu amacı gerçekleştirmek için giriştiği faaliyetlerin ülke çapında yararlı sonuçlar verecek nitelikte ve ölçüde olmasıdır. (Dernekler Kanunu m. 58)

İncelemeye esas olmak üzere, İçişleri Bakanlığı’nca hazırlanacak dosyada yer alması gereken;

1. Dernek tüzüğü’nün son şekli,
2. Tüzüğü’nün ilan edildiği gazete,
3. Dernek üyelerinin sayısı ve geçmiş yıllarda üyelere toplanan aidatın miktarı,

³⁶ DDDK, 25.5.1973, E: 1972/166, K: 1972/330, AİD, C. 8 S. 1, 1975, s. 225.

³⁷ DDDK; 2.6.1972, E: 1971/596, K: 1972/626 AİD C. 5, S. 4, s. 161.

³⁸ Bkz., D. 5. Da., 16.9.1993, E: 1992/4035, K: 1993/3177 DD, S. 89, s. 277-287.

³⁹ D. 10. Da., 22.10.1998, E: 1996/2231, K: 1998/5280 DD, S. 99, s. 468-469.

4. Derneğin şubelerinin sayısı, bulunduğu yerler ve bağlı kuruluşlarının miktarı ve cinsleri,

5. Derneğin kamu yararı yönünden; faaliyeti, yaptığı hizmetler ve gelecekte yapılması düşünülen işler hakkında rapor,

6. Son yıla ait mali bilanço,

7. Derneğin taşınır ve taşınmaz mallarının listesi,

8. Kamu yararına çalışan derneklerden sayılması için dernek genel kurulunun aldığı karar,

Danıştay tarafından değerlendirilerek konu hakkında bir karar verilmektedir.

Olağan denetimler sırasında veya yaptırılacak özel denetimler sonunda, kamu yararına çalıştıklarına karar verilmiş olan derneklerin nitelik kaybına uğradıklarının saptanması halinde, söz konusu derneğin kamu yararlı dernek statüsünden çıkarılması da aynı usule tabi kılınmıştır (Dernekler Kanunu m. 59/son).

b. Belediye Kurulması ile Mevcut Belde Sınırlarında Değişiklik Sonucuna Yol Açacak Nitelikteki Başvurular Hakkında Kararları

Belediye Kanunu'nun 7. maddesi, yerleşim birimlerinde belediye kurulmasına ve mevcut belediyelerin sınırlarında gerçekleştirilecek olası değişikliklere ilişkin düzenlemeler içermekte ve bu konularda Danıştay'a görevler vermektedir.

ba. Belediye Kurulması

Belediye kurulması, değişik yöntemlere tabi kılınmıştır. Vilayet ve kaza merkezlerinde belediye kurulması zorunlu kılınmış iken Hükümet tarafından yeni oluşturulan ve nüfusu 2000'i aşan yeni yerleşim birimlerinde İçişleri Bakanlığı'nın teklifi ve Cumhurbaşkanı'nın onayı ile belediye kurulabileceği belirtilmiştir.

Bu iki hal dışında belediye kurulması ise bir köyde belediye kurulması suretiyle ya da birkaç köyün birleşerek veya köylerle köy kısımlarının birleşerek veya köy kısımlarının birleşerek belediye kurmaları ile mümkün olabilmektedir. Ancak tüm bu hallerde, öncelikle, belediye kurulması istenen yerleşim birimlerinin nüfusunun en son yapılan genel nüfus sayımına göre 2000'den fazla olması gerekmektedir. Köyler ile köy kısımlarının birleşerek belde kurmaları halinde ayrıca, bu yerlerin belediye merkezi yapılacak yere

uzaklığının 500 metreden fazla olmaması gerekmektedir.⁴⁰ Birkaç köyün birleşerek belediye kurabilmeleri için, hizmetin gereği gibi yürütülebilmesi için söz konusu köylerin son yerleşim birimlerinin birbirlerine olan uzaklığının da 500 metreyi geçmemesi gerekmektedir.⁴¹ Söz konusu mesafenin belirlenmesinde ikamet amacına yönelik evler topluluğunun esas alınması gerekmekte, sürekli ikametgah olarak kullanılmayan geçici baraka, şantiye, fabrika gibi işyeri ve geçici barınakların mesafe ölçümüne esas alınabilmesi mümkün bulunmamaktadır.⁴²

Bunun yanı sıra, belde kurulmak istenen yerleşim birimindeki seçmen çoğunluğunun veya köy ihtiyar meclisinin bu yöndeki isteğini gösteren dilekçenin, mahalli en büyük mülkiye memuruna verilmesi veya valinin belediye kurulmasını kendiliğinden gerekli görmesi durumunda vali tarafından yapılacak bildirim doğrultusunda yerel seçim kurullarınca seçmenlerin oylarının alınması gerekmektedir. Halkoylamasının, belediye meclisi üyeleri seçimindeki usul ve koşullara göre yerel seçim kurullarınca yapılmasının öngörülmüş olmasının amacı, yargı denetimi altında yapılacak oylamada seçmenlerin konu hakkındaki iradelerinin sağlıklı olarak ortaya çıkmasının sağlanmasıdır.⁴³

Oylama sonucunun etkileri Yasa'da belirtilmemekle beraber bir köyde belediye kurulabilmesi için seçmen çoğunluğunun, belediye kurulması konusunda olumlu oy kullanmış olması gerektiği kabul edilmektedir.⁴⁴ Seçmenin düşüncesine ve istemine aykırı olarak işlem tesis edilebilmesi için idari bir zorunluluğun veya çok önemli bir kamu yararının bulunması gerekmektedir.⁴⁵ Oylamanın sonucu bakımından ise kayıtlı seçmenlerin değil, oylamaya katılan seçmenlerin çoğunluğunun iradesi belirleyici olmaktadır.⁴⁶

Kurulacak belediyenin gelirlerinin, kanunlarda yazılı hizmetlerin ifasına yetip yetmeyeceği ve teklifin faydalı olup olmayacağı yolundaki İl Genel Meclisi kararı ile valilik görüşünün İçişleri Bakanlığı'na iletilmesi üzerine Danıştay, konu hakkında karar vermekle görevli kılınmıştır.

⁴⁰ Konuya ilişkin örnek karar için bkz., D. 1. Da., 15.1.1993, E: 1993/6, K: 1993/4, DD. 88, s. 17-18.

⁴¹ D. 1. Da., 15.11.1993, E: 1993/197, K: 1993/231, DD. 89, s. 29-30.

⁴² D. 1. Da., 25.12.1997, E: 1997/199, K: 1997/199, DD. 96, s. 17-18.

⁴³ D. 1. Da., 27.10.2003, E: 2003/138, K: 2003/145.

⁴⁴ D. 1. Da., 21.10.2002 E: 2002/169, K: 2002/172; 23.12.1992, E: 1992/390, K: 1992/390, DD. 87, s. 30-31.

⁴⁵ D. 1. Da., 4.11.2003, E: 2003/156, K: 2003/149, DKD. 3, s. 26-27.

⁴⁶ D. 1. Da., 28.6.1999 E: 1999/100, K: 1999/107; D. 8. Da., 24.12.1997, E: 1996/652, K: 1997/4182, DD. 96, s. 384-387.

Danıştay'ca yapılan inceleme sonucunda belediye kurulmasına ya da bu konudaki istemin reddine karar verilmektedir. Belediye kurulması yolundaki Danıştay kararının, Cumhurbaşkanlığı'nın onayı ile yürürlüğe gireceği anılan maddede hükme bağlanmıştır. Uygulamada, Danıştay kararı üzerine, belediye kurulmasına ilişkin olarak müşterek (üçlü) kararname tesis edildiği görülmektedir.

Belediye tüzelkişiliğinin kaldırılması bakımından da belediye kurulmasında geçerli olan usul ve esaslar uygulanmaktadır.⁴⁷

Büyükşehir belediyelerinin sınırlarının belirlenme yetkisi, 504 sayılı Kanun Hükmünde Kararname Hükümleri uyarınca Bakanlar Kurulu'na ait olduğundan, 1580 sayılı Yasa'nın 7. maddesi uyarınca bu yerlerde belediye kurulabilmesine hukuken olanak bulunmamaktadır.⁴⁸

bb. Belediye Sınırlarında Değişiklik Yapılması

Belde sınırlarında değişiklik olabilmesi;

- Bir beldenin bazı kısımlarının ayrılarak, ayrı bir belde haline gelmesi,
- Bir beldenin tamamının diğer bir belde ile birleşmesi,
- Bir beldenin bazı kısımlarının komşu bir belde sınırı içine girmesi,
- Köylerin veya köy kısımlarının komşu bir belde sınırı içine girmesi, hallerinde mümkündür.

Belediye kurulmasında aranan şekil ve şartlar, belediye sınırlarında değişikliğe yol açan durumlar bakımından da geçerlidir.

Bir beldeden bazı kısımların ayrılabilmesi, ayrılma sonucu o belde nüfusunun iki bin kişinin altına düşmemesine bağlıdır. Köy kısımlarının, mevcut bir belde sınırı içerisine alınabilmesi için ise köy nüfusunun yüz elli kişinin altına düşmemesi gerekmektedir.⁴⁹

Mevcut bir belde ile birleşme ya da bu beldenin içine girilmesi hallerinde birleşilen veya içine girilen belde nüfusunun önemi bulunmamaktadır. Zira, birleşilen ya da içine girilen beldenin nüfusu 2000'in üstünde bulunmaktadır. Bu suretle oluşan sınır değişikliği hallerinde ayrıca, mevcut belde merkezine olan uzaklık şartının, hizmetin gereği gibi yerine getirilebilme olanağının dikkate alınarak 2500 metreye çıkabileceği öngörülmüştür.

⁴⁷ D. 1. Da., 2.12.1998, E: 1998/339, K: 1998/381 DD. S. 100; D8. Da. 3.10.2000, E: 1999/122, K: 2000/5988, DD. 105, s. 420-422.

⁴⁸ D. 1. Da., 2.10.1997, E:1997/115, K: 1997/120, DD: 95, s. 24-26.

⁴⁹ D. 1. Da., 2.12.1993, E: 1993/261, K: 1993/259, DD. 89, s. 33-35.

Yukarıda belirtilen ilk üç durumda (bir beldeden ayrılması ya da bir beldenin tamamının diğer bir belde ile birleşmesi hallerinde) sınırı daralacak ya da ortadan kalkacak belde belediye meclisine de belde seçmenleri gibi başvuruda bulunma hakkı tanınmıştır.

Mevcut bir belde sınırı içine girilmek istenmesi durumlarında kanun koyucu, katılmak istenen beldenin belediye meclisinin de bu konudaki iradesini ortaya koymasını istemiştir. Buna göre, belediye meclisince katılma talebinin uygun görülmesi halinde konu hakkında İl Genel Meclisi'nce verilecek karar ve valilik görüşü eklenmek suretiyle dosya İçişleri Bakanlığı'nca Danıştay'a intikal ettirilecek ve Danıştay'ca iltihaka karar verildiği takdirde, bu kararın Cumhurbaşkanı'nca onanmasıyla işlem tekemmül etmiş olacaktır.

Katılmak istenen belde belediye meclisince katılma talebinin uygun bulunmaması halinde konunun Danıştay önüne gelebilmesi, söz konusu belediye meclisi kararına yapılacak itiraz yoluyla mümkündür. Bu durumda, itiraz Danıştay'ca incelenerek karara bağlanacaktır. Söz konusu itirazın Danıştay'a gelme yöntemi, yukarıda anlatıldığı gibidir.

Danıştay, konu hakkındaki kararını gerekli yasal koşulların varlığı ile kamu yararı ve hizmet gereklerini gözeterek vermektedir.

İl Genel Meclisi kararı ile valilik görüşü, Danıştay'ın vereceği karar bakımından bağlayıcı olmamakla beraber içerdiği gerekçeler yönünden Danıştay'ca gözetilmektedir.

"Dosyanın incelenmesinden, B..... Belediyesi Mahallesi'nin bir kısmının G..... Belediyesi sınırları içine alınmak istenmesine ve G..... Belediyesi'nin bu istemi kabul etmesine karşın, İl Genel Meclisi ve Valiliği'nin konuya ilişkin görüşlerinde, sözkonusu Mahalle kısmında taşınmazları bulunan çok sayıda kişinin B..... Belediyesi'nden ayrılmak istemedikleri, bu başvuruların oylamaya katılan kayıtlı seçmenlerden fazla olduğu, bu nedenle istemin uygun görülmediği, diğer yandan bu mahalle kısmının, yerel hizmetler yönünden B..... Belediyesi'nden ayrılmasını gerekli kılacak nitelikte herhangi bir haklı neden de gösterilmediği anlaşılmaktadır.

Bu durumda idare yazılarında belirtilen nedenler karşısında İli Merkez İlçesi B..... Belediyesi'ne bağlı Mahallesi'nin bir kısmının G..... Belediyesi sınırları içine alınmasına ilişkin istemin reddine ve dosyanın Danıştay Başkanlığı'na sunulmasına 1.12.2000 gününde oybirliğiyle karar verildi."⁵⁰

Bununla birlikte haklı gerekçelerin varlığı halinde, İl Genel Meclisi ve valilik görüşlerinin aksi yönünde karar verildiği de görülmektedir.

⁵⁰ D. 1. Da., 1.12.2000, E: 2000/186, K: 2000/185.

“Dosyanın incelenmesinden, İl Genel Meclisi ve Valilikçe Köyü’nde kayıtlı seçmenlerden oylamaya katılmayanlar ile katılıp da hayır oyu kullananların toplam seçmen sayısının yarısından fazla olduğu gerekçesiyle adı geçen Köyün Belediyesi sınırları içine alınmasının uygun olmadığı yolunda görüş bildirildiği anlaşılmakta ise de, Dairemizin bu konudaki yerleşik kararlarına göre kayıtlı seçmenlerin değil, oylamaya katılan seçmenlerin yarından fazlasının evet oyu kullanması yeterli bulunmaktadır. Köyü’nde yapılan oylamaya kayıtlı bin yüz yirmi seçmenden sekiz yüz seksen sekiz seçmenin katıldığı, katılan seçmenlerden yarından fazlası olan beş yüz kırk beş seçmenin ise evet oyu kullandığı saptandığından, İl Genel Meclisi ve Valilik görüşlerinde yasal isabet görülmemiştir.”⁵¹

Diğer taraftan, İl Genel Meclisi kararı ile valilik görüşünün dosyada yer almaması, Danıştay incelemesine engel teşkil etmektedir.⁵²

Belediye sınırlarında ortaya çıkacak değişikliklerin aynı zamanda mülki sınırlarda değişiklik meydana getirecek olması halinde Belediye Kanunu’nun 7. maddesinin değil, İl İdaresi Kanunu’nun ilgili hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.⁵³ Bu nedenle, Belediye Kanunu uyarınca mülki sınırları değiştirecek nitelikte bir karar verilebilmesi mümkün bulunmamaktadır.⁵⁴ Zira, İl İdaresi Kanunu’nun 2. maddesinde mülki sınır değişikliğinin İçişleri Bakanlığı’nın kararı ve Cumhurbaşkanı’nın onayıyla yapılacağı öngörülmektedir.

Büyükşehir belediyelerinin sınırlarında değişikliğe yol açacak nitelikte bir belde sınırı değişikliği yapılabilmesi de olanaklı bulunmamaktadır.⁵⁵

“3030 sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun’un 5. maddesinde, Büyükşehir Belediyelerinin sınırları, ismini aldıkları büyük şehirlerin belediye sınırları olarak, ilçe belediyelerinin sınırları ise bu ilçelerin büyük şehir belediyesi sınırları içinde kalan kısımlarının sınırları olarak tanımlanmış, ancak Kanun’da bu sınırların değiştirilmesine olanak sağlayan bir düzenlemeye yer verilmemiş bulunmaktadır.

Bu konudaki yasal boşluğun giderilmesi amacıyla çıkartılan 335 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 1. maddesi ile, 3030 sayılı Kanun’un 4. maddesinde değişiklik yapılmış ve 1580 sayılı Belediye Kanunu’nun 7. maddesinde gösterilen usullerle veya İl İdare Kurulu’nun uygun görüşü ve İçişleri Bakanlığının önerisi

⁵¹ D. 1. Da., 28.6.1999 E: 1999/100, K: 1999/107.

⁵² D. 1. Da., 16.2.2001 E: 2001/19, K: 2001/19.

⁵³ DİİK, 13.12.2001, E: 2001/230, K: 2001/172.

⁵⁴ D. 1. Da., 10.7.2001, E: 2001/78, K: 2001/93.

⁵⁵ D. 1. Da., 7.6.1996, E: 1996/104, K: 1996/125, DD. 92, s. 86-89.

üzerine alınacak Bakanlar Kurulu kararıyla büyükşehir belediyesi sınırlarında değişiklik yapılabileceği yolunda düzenleme getirilmiş ise de bu Kanun Hükmünde Kararname, Anayasa Mahkemesi'nin 8.2.1989 günlü ve E: 1988/88, K: 1989/7 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Ancak, bu iptal kararından sonra büyükşehir belediyeleri sınırlarının değiştirilmesine imkan verecek herhangi bir yasal düzenleme yapılmamıştır. Bu durumda, 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 7. maddesi hükmü, büyükşehir belediyelerinde sınır değişikliği sonucunu doğuracak biçimde uygulanamayacağından, Büyükşehir Belediyesi sınırları dışındaki Köyü'nün adı geçen Büyükşehir Belediyesi'nin bünyesindeki alt kademe belediyesine bağlanmasına olanak bulunmamaktadır."⁵⁶

B. Danıştay'ın "Onayına" Bağlı Kararlar

Belediye Meclisleri'nin 25 Yılı Aşan Borç Alma ve Borç Verme Kararları

Belediye Kanunu'nun 72. maddesinde, 25 yılı aşan bir süre için yapılacak olan borç alma ve borç vermeye ilişkin belediye meclisi kararlarının kesinlik kazanması, İl İdare Kurulu'nun uygun görüşü, valinin onayı ve Danıştay'ın kararına bağlı kılınmıştır.

İdari vesayet makamı olarak Danıştay'a verilen bu görev, diğer vesayet denetimi görevlerinden farklılık taşımakta; Danıştay'ın incelemesine tabi olan söz konusu karar, Danıştay'ın önüne bir uyuşmazlık şeklinde gelmemektedir. Bir itiraz söz konusu olmaksızın, belediye meclisi kararının yürürlüğe girmesi doğrudan Danıştay'ın onayını gerekli kılmaktadır.

C. Danıştay'ın "Uygun Görüşüne" Bağlı Olarak Tesis Edilebilen İşlemler

Bir idari işlemin tesisinden önce ve o işlemin tesis edilebilmesi için, Danıştay'ın konu hakkındaki uygun görüşünün gerekli olduğu kararlarıdır. Hakkında Danıştay'dan uygun görüş istenen işlem, idarenin bir hazırlık işlemi olup konu hakkında uygun görüş verilmesi söz konusu işlemi yürütülebilir kılmamaktadır. Danıştay, incelemesini bir idari işlem taslağı üzerinde yaptığından taslak hakkında bildirdiği görüş, uygun görüş niteliğinde de bulursa bu görüşün söz konusu taslağı kesin ve yürütülebilir işlem haline getirebilmesi için idarenin bu görüşten sonra yeni bir idari işlem tesisi zorunludur.

⁵⁶ D. 1. Da., 20.11.2001, E: 2001/161, K: 2001/165.

Taslağa konu işlem, ancak Danıştay'ın uygun görüşü sonucunda ve doğrultusunda tesis edilebilecektir. Konu hakkında Danıştay kararının aksine bir işlem tesisi mümkün olmamakla beraber, idarenin herhangi bir işlem tesis etmeyerek hareketsiz kalması, konu hakkında farklı içerikli bir işlem tesis etmek istemesi halinde ise bu işlem taslağını Danıştay'ın uygun görüşüne sunması mümkündür.

a. Tüzükler

Anayasa'nın 115. maddesinde, yasaların uygulanmasını göstermek ya da emrettiği işleri belirtmek amacıyla Bakanlar Kurulu'na, yasalara aykırı olmamak ve Danıştay incelemesinden geçirilmek koşuluyla tüzük çıkarılabileceği belirtilmek suretiyle Danıştay'a, tüzük tasarılarını inceleme görevi verilmiş bulunmaktadır. Danıştay Kanunu'nda ise bu incelemenin, iki ay içinde sonuçlandırılması öngörülmektedir (m. 48).

Tüzük çıkarma yetkisi Bakanlar Kurulu'na ait olduğundan, ilgili tüzük hakkındaki tüm bakanlıkların görüşlerinin Danıştay'a sunulan dosya içinde yer alması gerekmektedir.

*"Anayasa'nın 115. maddesinin, Bakanlar Kurulu'nun Danıştay'ın incelenmesinden geçirilmek koşuluyla tüzükler çıkarabileceği ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 42. maddesinin b bendinin, Başbakanlık'tan gönderilecek tüzük tasarılarının Danıştay'da incelenebileceği yolundaki hükümleri karşısında, tüzük tasarılarının bütün bakanlıkların görüşü alınarak bir Bakanlar Kurulu Tasarısı haline geldikten sonra Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nce gönderilmek suretiyle incelenebileceği açıktır."*⁵⁷

Başbakanlık dışında herhangi bir bakanlık veya kuruluş tarafından gönderilen tasarıların ise Danıştay'ca incelenmesine olanak bulunmamaktadır.

*"2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 23. maddesinin (d) bendi ile 42. maddesinin (b) bendinde Danıştay'ın Başbakanlık'tan gönderilen tüzük tasarılarını incelemesi öngörüldüğünden, doğrudan Orman Bakanlığı'ndan gönderilen tüzük tasarısının iade edilmek üzere Danıştay Başkanlığı'na sunulmasına 14.1.2002 gününde oybirliğiyle karar verildi."*⁵⁸

Danıştay, tüzük tasarıları üzerindeki incelemesini yasaya uygunluk ve yerindelik denetimi kapsamında yapmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da belirtildiği üzere bu inceleme;

⁵⁷ D. 1 .Da., 8.4.1997, E: 1997/38, K: 1997/44.

⁵⁸ D. 1. Da., 14.1.2002, E: 2002/2, K: 2002/5.

1. Yürütme organının (idarenin) düzenleme yetkisi,
2. Konulan hükümlerin üst hukuk normlarına uygunluğu ve genel olarak mevzuatla ilgisi,
3. Tüzük tasarılarında getirilen müessese ve konulan hükümlerin hizmet icaplarına uygunluğu,
4. Tüzük tasarılarının tanzim tekniğine uydurulması, yönlerinden yapılmaktadır. Zira tasarının incelenmesi, her yönüyle tasarı üzerinde durularak bağlantılı, karşılaştırmalı ve kapsamlı bir biçimde çalışılmasını, aykırılıklarının saptanarak giderilme önlem ve önerilerinin açıklanmasını ve son biçiminin belirlenmesini gerekli kılmaktadır.⁵⁹

Tüzük tasarılarının incelenmesinde Danıştay'ca uygulana gelen yöntem, öncelikle tasarının tümü üzerinde görüşme yapılması ve bu görüşmenin tamamlanmasından sonra maddelerin görüşülmesine geçilmesidir. Maddelerde yapılan değişiklikler ve değişiklik gerekçeleri, tutanağa geçirilmektedir.

Tüzük tasarısının Danıştay'ca incelenmesi sonucunda, tasarının reddine, aynen kabulüne veya tasarıda değişiklik yapılmasına karar verilir.

Tasarının incelenmesi sonucu verilen Danıştay kararı, kısmen bağlayıcı niteliktedir. Bakanlar Kurulu'nun, Danıştay'ca verilen karar hilafına bir tüzük çıkarabilmesi olanaklı olmamakla birlikte Danıştay incelemesi sonucu ortaya çıkan yeni metnin tüzükleştirme zorunluluğu da bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Danıştay incelemesi sonucu reddedilen tüzük tasarısının ya da değiştirilen tüzük tasarısının ilk halinin ya da Danıştay incelemesinden sonra Bakanlar Kurulu'nca yeniden hazırlanan ve fakat Danıştay incelemesine sunulmayan tüzük tasarısının, tüzük olarak geçerlik kazanması hukuken olanaklı değildir.

b. İdarelerin, Dava ve İcra Takiplerinden Vazgeçme Ya da Mevcut Uyuşmazlıkları Sulh Yoluyla Çözme Kararları

Çeşitli kanunlarda belirli kamu kurum ve kuruluşlarına, mevcut uyuşmazlıklarını sulh yoluyla çözebilme olanağının getirildiği görülmektedir. Bu da, bir hakkın tanınması veya bir menfaatin terkinini içeren bir anlaşmanın yapılması ya da mevcut anlaşma veya sözleşmede değişiklik yapılması şeklinde olabilmektedir. Uyuşmazlık konusu miktarın, belirli bir meblağın üstünde olması halinde anılan anlaşma ve sözleşme değişikliklerinin yapılabilmesi, Danıştay'ın bu konuda vereceği uygun görüşe bağlı

⁵⁹ AYM; 21.6.1991 E: 1990/19, K: 1991/15, AMKD, S. 28, C 1, s. 23.

kılınmaktadır. Bunun gibi, belirli bir miktar ve değere ilişkin olan dava ve icra takiplerinden vazgeçilmesi veya aleyhte sonuçlanan davaların yüksek dereceli mercilerce incelenmesinin istenilmesinden vazgeçilebilmesi de yine Danıştay'ın konu hakkındaki uygun görüşüne bağlı kılınmıştır.

"Dosyanın incelenmesinden, Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından Turkital S.r.l firması aleyhine açılan alacak davasında Ankara 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 14.9.1999 günlü, E: 1997/47, K: 1999/497 sayılı kararıyla toplam 339.273.300 İtalyan Lireti'nin faiziyle birlikte davalıdan tahsil edilerek davacıya verilmesine hükmedildiği, alacağın tahsiline olanak sağlayacak davalı firmanın tebligat adresinin tespit edilememesi nedeniyle yapılacak icra takibinin sonuçsuz kalacağı gerekçesiyle yüksek meblağ tutacak tebligat ve harç masrafları dikkate alınarak 3202 sayılı Yasa'nın 39. maddesi gereğince ilamın icraya konulmasından vazgeçilmesi hususunda uygun görüş istenildiği anlaşılmaktadır.

TC Roma Büyükelçiliği Ekonomi ve Ticaret Müşavirliği'nin 14.12.1995 günlü yazısında kara para aklama faaliyetine karıştığı gerekçesiyle tutuklandığı belirtilen İtalya'da yerleşik Turkital S.r.l. firmasının sahibi Mustafa Şahin Sadunoğlu'nun, 20.12.1996 tarihinde telefonla Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nü arayarak şartlı tahliye edildiğini ve kendisine her türlü yazışmanın gözetiminde bulunduğu Milano Savcısı Francesca Marcelli kanalıyla yapılabileceğini bildirmesi üzerine durumun 23.12.1996 günlü Genel Müdürlük yazısı ile Hukuk Müşavirliği'ne iletilindiği, aynı firma aleyhine açılan bir başka davada verilen mahkeme kararı uyarınca başlatılan icra takibine ilişkin olarak adı geçen Milano Savcısı eliyle yapılmak istenen tebligatın Savcı'nın bulunamaması nedeniyle yapılamadığı ve bu tarihten sonra Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nce ilamın icrasını sağlayacak nitelikte herhangi bir girişimde bulunulmadığı açıktır.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 35. maddesinde, takibin ilamın icra dairesine tevdi ile başlayacağı; 39. maddesinde, ilama müstenit takibin, son muamele üzerinden on sene geçmekle zaman aşımına uğrayacağı; 143. maddesinde, alacaklı alacağının tamamını alamamışsa kalan miktar için kendisine bir aciz vesikası verileceği, bu vesikanın borcun ikrarını mutazammın senet mahiyetinde olduğu, bu borcun borçluya karşı zaman aşımına tabi olmadığı hükme bağlanmıştır.

Bu durumda, borçluya tebligat yapılabilmesini teminen gerekli girişimlerde bulunmaya devam etmeksizin ve İcra ve İflas Kanunu'nun ilama bağlı alacağın takibi için öngördüğü tüm hukuki işlemler tamamlanmaksızın, Ankara 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 14.9.1999 günlü, E: 1997/47, K: 1999/497 sayılı kararının icraya konulmasından vazgeçilmesinde idare yararı bulunmadığı sonucuna ulaşıldığından istemin reddine ve dosyanın Danıştay Başkanlığı'na sunulmasına 17.10.2002 gününde oybirliğiyle karar verildi."⁶⁰

....

⁶⁰ D. 1. Da., 17.10.2002, E: 2002/163, K: 2002/164.

“....., yerel mahkemede açılan davanın İdare lehine sonuçlanması nedeniyle temyizden Yargıtay’da incelenmekte olan davadan vazgeçilmesinde İdare yararından söz edilemeyeceğinden, 6760 sayılı Kanun’un 14. maddesi hükmüne göre olumlu görüş bildirilmesine olanak bulunmayan istemin reddine ve dosyanın Danıştay Başkanlığı’na sunulmasına 7.7.1998 gününde oybirliğiyle karar verildi.”⁶¹

Danıştay’ın uygun görüşünü gerekli kılan uyumsuzluk değerleri, her yıl bütçe kanunu ile yeniden belirlenmektedir. Belirlenen miktarın altında kalan işlerle ilgili olarak Danıştay’ca görüş verilmesine olanak bulunmamaktadır.⁶²

Anlaşma veya sözleşme değişikliği hakkında uygun görüş istenilmesi halinde, Danıştay’ca söz konusu değişiklik konusunda tarafların mutabakatının olduğunu gösteren bir sözleşme taslağının dosyada yer alması şartı aranmakta, bu niteliği taşımayan sözleşme değişikliği talepleri hakkında görüş bildirilmemektedir.⁶³ Konuya ilişkin düzenlemelerin yer aldığı kanunlarda yer alan hükümlerin içeriğinde bir takım farklılıklar bulunmakla birlikte temel ilkelerin, 4353 sayılı Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliği’nin ve Muhakemat Umum Müdürlüğü’nün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanun’un 29, 30 ve 31. maddelerinde getirildiği görülmektedir.

Konuya ilişkin Danıştay’ın uygun görüşünün arandığı diğer kanunlar şunlardır:

- 6200 sayılı Devlet Su İşleri Umum Müdürlüğü Teşkilat ve Vazifeleri Hakkında Kanun (m. 35),

- 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Kanunu (Ek m. 3),

- 3155 sayılı Tarım Reformu Genel Müdürlüğü’nün Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun (m.28),

- 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun (m. 38),

- 3234 sayılı Orman Genel Müdürlüğü’nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun (m. 36),

- 3202 sayılı Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun (m. 39),

⁶¹ D. 1. Da., 7.7.1998, E: 1998/106, K: 1998/113.

⁶² D. 1 .Da., 21.10.2003, E: 2003/142, K: 2003/140, DKD. 3, s. 27-29.

⁶³ D. 1. Da., 7.11.2003, E: 2003/151, K: 2003/151; 12.12.2002, E: 2002/177, K: 2002/188.

- 6760 sayılı Vakıflar Umum Müdürlüğü Vazife ve Teşkilatı Hakkında Kanun (m. 14),

- 5539 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun (m. 32).

Bu kanunların söz konusu maddelerinde öngörülen hukuki işlemlerin yapılabilmesi için Danıştay'ın uygun görüşünün alınması gerekmektedir. Danıştay'ca konu hakkında karar verilirken, uyuşmazlığın sulh yoluyla hallini öngören anlaşmaların mevcut hukuk kurallarıyla bağdaşıp bağdaşmadığı ve bu anlaşmalarda idarenin menfaatinin bulunup bulunmadığı dikkate alınmaktadır.⁶⁴ Söz konusu yasal düzenlemelerin amacının, kamu yararının korunması olduğu kuşkusuzdur.

Anılan düzenlemelerde Danıştay'ın "mütalaa"sından bahsedilmekle birlikte, Danıştay'ın görüşünün aksine bir anlaşma veya sözleşme tadili yapılabileceği sonucuna ulaşılabilmesi mümkün değildir. Bu anlaşma veya sözleşme tadillerinin gerçekleştirilebilmesi için kanunen aranan görüş, Danıştay'ın uygun görüşüdür. Danıştay'ın olumsuz görüşüne rağmen anlaşma veya sözleşme tadili yapılabilmesinin öngörüldüğü iki istisnai durum da bunun açık kanıtıdır. Nitekim, 4353 sayılı Yasa'nın 31. maddesi ile 6200 sayılı Yasa'nın 35. maddesinde, Danıştay'ca uygun görülmeyen anlaşma ve sözleşmede değişikliklerinin Bakanlar Kurulu kararıyla gerçekleştirilebilmesinin öngörülmesi, belirtilen maddelerde öngörülen durumlar dışında Danıştay kararlarının aksi yönünde hareket edilebilmesine olanak tanınmadığını ortaya koymaktadır.

3. Kamu Görevlilerinin Yargılanmaları Hakkında Yetkili Mercilerce Verilen Kararlara Yapılan İtirazları İncelemek

Kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar nedeniyle yargılanmalarının, bu yönde alınacak bir idari kararın varlığını gerekli kıldığı durumlarda ilgililere söz konusu idari karara karşı itiraz yoluna başvurma hakkı tanınmakta ve bu itirazları inceleme görevi bölge idare mahkemeleri ile Danıştay'a verilmiş bulunmaktadır.

Konuya ilişkin olarak uygulanmakta olan genel kanun 4.12.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'dur. Yükseköğretim personeli ise 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu uyarınca ayrı bir soruşturma usulüne tabi tutulmuş olup, bu Kanun'da yer almayan hususlarda 4483 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

⁶⁴ D. 1. Da., 21.5.2003 E: 2003/62, K: 2003/66.

4483 sayılı Kanun'un 3. maddesinde soruşturma izni vermeye yetkili merciler sayılmış, 9. maddesinde de yetkili merci tarafından alınan soruşturma izni verilmesine ilişkin kararlara karşı, hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlilerinin, soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararlara ise Cumhuriyet Başsavcılığı veya şikayetçinin itiraz yoluna başvurabileceği, tebliğinden itibaren on gün içinde yetkili merci kararına yapılan itirazlardan Kanun'un 3. maddesinin (e), (f), (g) Cumhurbaşkanınca verilen izin hariç ve (h) bentlerinde sayılanların Danıştay 2. Dairesi'nce diğerlerinin ise bölge idare mahkemelerince en geç üç ay içinde karara bağlanacağı hükme bağlanmıştır.

Danıştay 2. Dairesi'nce yapılan inceleme sonucunda soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi yolundaki kararlara yapılan itirazın reddine veya kabulüne karar verilmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

Danışma Mercii Olarak Danıştay ve Görevleri

Danıştay, inceleme mercii olmasının yanı sıra aynı zamanda merkezi idarenin danışma merciidir. Danıştay'ın bir konu hakkındaki görüşünün alınması, yasalarda bir zorunluluk olarak öngörülmüş olabileceği gibi, merkezi idarenin ihtiyaç duyması halinde Danıştay'a bu yönde yapacağı bir başvuru sonucu da söz konusu olabilmektedir. Danışma mercii olarak Danıştay, önüne gelen konuya ilişkin görüşünü bildirmekle görevlidir. Görüş bildirmek, bir konunun her yönüyle değerlendirilmesi sonucu konu hakkında oluşan düşüncenin ifade edilmesidir.

1. Görüş Alınmasının İsteğe Bağlı Olması

Kural olarak bir konu hakkındaki Danıştay'ın görüşünün alınması, bu görüşe gereksinim duyan idarece yapılacak başvuruya bağlı bulunmaktadır.

A. Cumhurbaşkanlığı ve Başbakanlık Tarafından Gönderilen İşler Hakkında Görüş Bildirmek

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 23/e maddesi uyarınca Danıştay, Cumhurbaşkanı ve Başbakanlık tarafından gönderilen işler hakkında görüşünü bildirmekle görevlidir. Bu iki makam dışında, başka makamlarca görüş verilmesi istemiyle gönderilen işler hakkında Danıştay'ca görüş

bildirilmesine kanunen olanak bulunmamaktadır.⁶⁵ Bu hüküm, diğer idari makamlarca düşülen duraksamaların istişare görüş istemlerine konu oluşturamayacağı anlamını taşımamaktadır. Duraksamaya düşülen konuda, görevli ve yetkili olunması ve işlem tesis etme yetkisinin bulunması kaydıyla, diğer idareler de Başbakanlık aracılığıyla istişare düşünce isteminde bulunabilmektedir. Cumhurbaşkanlığı ile Başbakanlık makamlarının kanunda ismen anılmaları, Devletin ve yürütmenin başı olmaları nedeniyle.

İdari makamların ancak Başbakanlık aracılığıyla istişare görüş isteminde bulunabilmeleri, duraksamaya düşülen konulardan Başbakanlığın haberdar olmasını sağlaması yönünden olduğu gibi, duraksamaya düşülen konunun Danıştay'a gönderilmeksizin Başbakanlık'ca çözüme kavuşturulabilmesine olanak sağlaması yönünden de faydalı bulunmaktadır.

Bir idarenin istişare görüş isteminde bulunabilmesi için düştüğü duraksamanın, kendi görev ve yetki alanına giren ve re'sen işlem tesis edebileceği hususlara ilişkin bulunması gerekmektedir.⁶⁶

"İstem, Spor-Toto Teşkilat Müdürlüğü'nde çalışmakta iken iş akitleri feshedilen personelin kıdem tazminatlarının geç ödenmesi nedeniyle yargı kararları ile hüküm altına alınan faiz alacaklarının Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Bütçesine Maliye Bakanlığı'nca aktarılacak ödenekten karşılanıp karşılanamayacağı hususunda düşülen duraksamanın giderilmesine ilişkindir.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 23 ve 42. maddelerine dayanılarak yapılacak olan istişare düşünce istemlerinin idarenin görev ve yetki alanına giren ve re'sen işlem tesis edebileceği hususlara ilişkin bulunması gerekir.

Mevzuat hükümlerine göre, bütçeler arası ödenek aktarma yetkisi Maliye Bakanlığı'na aittir. Yine, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü bütçesinden işten çıkarılan işçilere verilmesi gereken faiz ödeme işlemlerinin de Maliye Bakanlığı personeli olan Bütçe Daire Başkanları tarafından yürütülmesi zorunludur.

Bu durumda, Spor-Toto Teşkilat Müdürlüğü'nce düşülen duraksama konusunda, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün Maliye Bakanlığı'nı bağlayıcı nitelikte işlem tesis etme yetkisi bulunmadığından istem hakkında görüş bildirilmesine yer olmadığına ve dosyanın Danıştay Başkanlığı'na sunulmasına 10.2001 gününde oybirliğiyle karar verildi."⁶⁷

⁶⁵ D. 1 . Da., 16.6.2003, E: 2003/70, K: 2003/83; 4.2.1994, E: 1993/316, K: 1994/19, DD. 90, s. 70-73; 20.12.1994, E: 1994/195, K: 1994/205, DD. 90, s. 73-74; 11.9.1998, E: 1998/198, K: 1998/127, DD: 99, s. 20.

⁶⁶ D. 1. Da., 27.10.1994, E: 1994/166, K: 1994/170, DD. 90, s. 53-56.

⁶⁷ D. 1. Da., 3.10.2001 E: 2001/96, K: 2001/136.

Bunun gibi, bir idarenin düzenleme yetkisine sahip olduğu bir işlemin uygulanmasında duraksamaya düştüğünden bahisle istişare görüş isteye-meyeceği kabul edilmektedir. Zira idare, düştüğü duraksamayı tesis edeceği bir işlemle giderme olanağına doğrudan kendisi sahip bulunmaktadır.

“İstem, 5.4.1995 tarih ve sayılı 22249 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Orman Arazilerinin Tahsisi Hakkında Yönetmeliğin Geçici 1. maddesi hükmü çerçevesinde, Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 5.4.1995 tarihinden önce tahsis edilen orman arazilerinin kira bedellerinin de, söz konusu Yönetmelik hükümlerine göre hesaplanıp hesaplanamayacağı hususunda düşülen duraksamanın giderilmesine ilişkindir.

Bilindiği üzere, Anayasa’nın 138 ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 28. maddeleri uyarınca karar gereklerine göre idare işlem tesis etmeye zorunludur.

Dosyadaki bilgi ve belgelerle idare temsilcilerinin açıklamalarından, 5.4.1995 tarihinde yürürlüğe giren Orman Arazilerinin Tahsisi Hakkında Yönetmeliğin yürürlüğünden önce tahsis edilen orman arazilerinin kira bedellerinin de bu Yönetmelik hükümlerine göre ödenmesi gerektiği yolundaki idare işlemlerine karşı yargı yerlerinde dava açıldığı ve bu davaların devam ettiği anlaşıldığından, istişare kararların niteliği gereği, yargı yerlerinde görülmekte olan ya da karara bağlanan dava konuları ile ilgili olarak Dairemizce istişare görüş bildirilmesine olanak bulunmamaktadır.

Öte yandan, bakanlıkların kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere çıkardıkları yönetmeliklerin uygulanmasında duraksamaya düşmeleri durumunda yönetmeliklerde gerekli değişiklikleri yapmak suretiyle duraksamayı gidermeleri doğal ve mümkündür.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, istem hakkında görüş bildirilmesine yer olmadığı sonucuna ulaşılarak dosyanın Danıştay Başkanlığı’na sunulmasına 2.7.2001 gününde oybirliğiyle karar verildi.”⁶⁸

İdarece düşülen duraksamanın, Danıştay’a başvurulduktan sonra da devam etmesi gereklidir. İstişare görüş isteminin konusunu oluşturan duraksamanın ortadan kalkması halinde istişare görüş isteminin konusu da ortadan kalkmış olmaktadır.

“İstem, 3096 sayılı Yasa hükümleri uyarınca elektrik üretim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının devri nedeniyle alınan işletme hakkı devir bedellerinden katma değer vergisi alınıp alınmayacağı hususunda düşülen duraksamanın giderilmesine ilişkindir.

⁶⁸ D. 1. Da., 2.7.2001, E: 2001/71, K: 2001/81.

31.12.1992 günlü ve 21452 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 22.12.1992 günlü ve 92/3896 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'na ekli 1 sayılı listede gösterilen mal ve hizmetlere uygulanacak katma değer vergisi oranı %1 olarak tespit edilmiş, bu listeye 13. sıra olarak 30.7.2001 günlü ve 2001/2789 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile '...3096 sayılı Kanun Kapsamında İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi'ne konu olan işletme haklarının devir anlaşmaları uyarınca devirleri' ibaresi eklenmiş bulunmaktadır. Bu durumda, 3096 sayılı Yasa uyarınca gerçekleştirilen elektrik üretim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının devri nedeniyle alınan işletme hakkı devir bedellerine %1 oranında katma değer vergisi uygulanacağı hususu anılan Bakanlar Kurulu Kararı ile açıklık kazanmış bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, işletme hakkı devir bedellerinden katma değer vergisi alınıp alınamayacağı hususundaki duraksama, bu bedellere uygulanacak katma değer vergisi oranının Bakanlar Kurulu Kararı'yla belirlenmesi sonucu ortadan kalkmış olduğundan, istem hakkında görüş bildirilmesine yer olmadığına ve dosyanın Danıştay Başkanlığı'na sunulmasına 18.9.2001 gününde oybirliği ile karar verildi."⁶⁹

İstisare görüş istemlerinin, özel durumlarda değil, genel ve nesnel konulara ilişkin bulunması gerekmektedir.⁷⁰

"2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 23/e ve 42/f maddelerinde, Danıştay'ın, Cumhurbaşkanı ve Başbakanlık tarafından gönderilen 'işler' hakkında görüşünü bildireceği belirtilmiş ve bu 'işler' le ilgili bir sınırlama getirilmemiş olmakla birlikte idarenin istisare görüş isteminin amacı ve Danıştay'ın bu konudaki kararlarının niteliği göz önüne alınarak yerleşik kararlarda bazı ilkelere yer verilmiştir. Bu kararlara göre, istisare görüş isteminin özel durumlara değil, genel ve nesnel konulara ilişkin olması gerekir.

Oysa, olayda istisare görüş istemine konu olan husus, idarenin yukarıya metni alınan istem yazısında da açıkça belirtildiği üzere, sözleşmenin uygulanmasına ilişkin özel bir hukuki sorunu içermekte olduğundan, istem hakkında görüş bildirilmesine olanak bulunmadığına ve dosyanın Danıştay Başkanlığı'na sunulmasına 1.11.2002 gününde oybirliği ile karar verildi."⁷¹

Somut olaylara yönelik istisare düşünce istemleri hakkında Danıştay'ca görüş verilmesi, duraksama konusunun genelleştirilebilmesi halinde mümkün olmaktadır.⁷²

⁶⁹ D. 1. Da., 18.8.2001, E: 2001/99, K: 2001/109.

⁷⁰ D. 1. Da., 12.11.1992, E: 1992/334, K: 1992/348, DD. 87, s. 51-55; 8.10.1996, E: 1996/151, K: 1996/199, DD. 93, s. 39-42; 8.7.1998, E: 1998/75, K: 1998/114, DD. 99, s. 20-23.

⁷¹ D. 1. Da., 1.11.2002 E: 2002/167, K: 2002/174.

⁷² D. 1. Da., 27.2.2003 E: 2003/19, K: 2003/26, DKD., Y. 1. S. 1. s. 8-11.

İstisare görüş isteminin, yargı yerlerinde görülmekte olan ya da karara bağlanmış olan bir dava konusuna ilişkin bulunduğu tespit halinde Danıştay'ca görüş bildirilmemektedir.⁷³

“İstem, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 22. maddesi uyarınca kurumlar arası nakil yoluyla ataması yapılan, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli bir sayılı cetvelda unvanları gösterilen personelin parasal haklarına ilişkin olarak yapılacak ödemeler konusunda düşülen duraksamanın giderilmesine ilişkindir.

Dairemizin yerleşik kararlarına göre, yargı yerlerinde görülmekte olan ya da karara bağlanmış bulunan dava konuları ile ilgili olarak istisare görüş bildirilmesi mümkün değildir.

Dosyadaki bilgi ve belgeler ile idare temsilcilerinin açıklamalarından, 4046 sayılı Yasa'nın 22. maddesi uyarınca başka kuruma nakledilen personel tarafından, istisare düşünce istemine konu hususlarda idari davalar açıldığı ve bu davaların halen görülmekte olduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle istem hakkında görüş bildirilmesine olanak bulunmadığına ve dosyanın Danıştay Başkanlığı'na sunulmasına 11.12.2002 gününde oybirliğiyle karar verildi.”⁷⁴

B. Kanun Tasarı ve Teklifleri Hakkında Düşüncesini Bildirmek

Anayasa'da, Başbakan ve Bakanlar Kurulu'nca gönderilecek *“kanun tasarıları”* hakkında Danıştay'ın düşüncesini bildirmesi öngörülmüştür. Söz konusu hüküm, Danıştay Kanunu'nda tekrarlanmakla birlikte madde metnine *“kanun teklifleri”*de eklenmiştir. Dolayısıyla Başbakanlık'ca gönderilmesi halinde, Bakanlar Kurulu'nca hazırlanan kanun tasarıları ile milletvekillerce hazırlanan kanun tekliflerinin Danıştay'ca incelenerek, bunlar hakkında düşünce bildirileceği açıktır. Danıştay bu görevini, kanun tasarı ve tekliflerinin geliş tarihinden itibaren iki ay içinde yerine getirmekle yükümlü kılınmıştır. (Danıştay Kanunu m. 48)

Danıştay'ca düşünce bildirilecek kanun tasarı veya teklifinin mevcut olması gerekmekte olup, ortada bir tasarı ya da teklif olmaksızın çıkarılması düşünülen bir kanun hakkında düşünce bildirilmesi söz konusu değildir.

⁷³ D. 1 . Da., 29.12.1992, E: 1992/350, K: 1992/401, DD. 87, s. 72-74; 16.9.1994, E: 1994/146, K: 1994/143, DD. 90, s. 67-70.

⁷⁴ D. 1. Da., 11.12.2002, E: 2002/176, K: 186.

“Banka Sigorta ve Reasürans Şirketleri ile Odalar, Borsalar ve Birlik personelinin sosyal güvenlik haklarıyla ilgili olarak hazırlanacak yasa tasarısına gerekçe olmak üzere düşünce istenilmesi üzerine

Gereği görüşülüp düşünüldü:

Danıştay’ın kanun tasarı ve tekliflerine ilişkin olarak görüş bildirebilmesi için bu tasarı veya teklifin gerekçesiyle birlikte gönderilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, ortada henüz bir tasarı veya teklif mevcut değilken sınırları, kapsamı belli olmayan bir kanun tasarısına gerekçe olabilecek biçimde görüş bildirilmesinin maddi ve hukuki açıdan mümkün görülmediği mütalaa kılındı.”⁷⁵

Kanun tasarı ve tekliflerinin incelenmesi, bunların Anayasa’ya ve yürürlükteki kanunlara uygunlukları ile hukuk tekniği yönlerinden yapılmaktadır.⁷⁶

Danıştay’ın kuramsal olarak var olan bu görevinin, kanun tasarı ve teklifleri hakkındaki Danıştay düşüncesine uzun yıllardır ihtiyaç duyulmaması nedeniyle yerine getirilemediğinin belirtilmesi gerekmektedir.

2. Görüş Alınmasının Zorunlu Olması

Mevzuatımızda, Danıştay’ın görüşüne başvurma zorunluluğunun kabul edildiği durumlar da mevcuttur.

A. Kamu Hizmetleriyle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmeleri Hakkında Düşünce Bildirmek

Anayasa’nın 155. maddesinin 2. fıkrasında yer alan Danıştay’ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini inceleme görevi, 13.8.1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanun’la yapılan değişikliklerle düşünce bildirmeye dönüştürülmüştür. Söz konusu Anayasa değişikliğinin bir gereği olarak, Danıştay Kanunu’nda da gerekli değişiklikler yapılmıştır.

Bu değişiklikler sonucunda, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında Danıştay’ca verilen kararların bağlayıcı niteliği ortadan kalkmış ve bu kararlar istişare nitelik kazanmıştır. Bununla birlikte, imtiyaz sözleşmesinin hukuken geçerlik kazanabilmesi için sözleşme hakkında Danıştay’ın görüşünün alınması zorunlu bulunmaktadır. Danıştay, kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkındaki düşüncesini iki ay içinde bildirmek zorundadır.

⁷⁵ D. 1. Da., 6.12.1988, E: 1988/247, K: 1988/339.

⁷⁶ Dinçer, Güven, “Kanun ve Tüzük Tasarılarının Danıştay’ca İncelenmesi”, *Yüzyıl Boyunca Danıştay*, 1968, Ankara, s. 744.

Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili görevini, doğrudan olmasa da dolaylı olarak etkileyen bir Anayasa değişikliğinden daha söz etmek gerekmektedir. Anayasa'nın 47. maddesine 4446 sayılı Yasa'yla eklenen iki fıkra ile, kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin usul ve esaslar ile kamu tüzel kişilerin yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle gerçek veya tüzel kişilere yaptırabileceğinin veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği öngörülmüştür. Söz konusu Anayasa değişikliğinden sonra da, yürürlükte bulunan imtiyaz sözleşmelerinin büyük çoğunluğunun dayanağını oluşturan 3996 sayılı Yasa'da bir değişikliğe gidilmesi suretiyle anılan Yasa uyarınca yapılacak sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi oldukları belirtilmiş ve değişiklik öncesinde yapılan sözleşmelerin de ilgili şirket tarafından talep edilmesi halinde özel hukuk hükümlerine tabi kılınacağı hükme bağlanmıştır.

Anılan hükümler gözetildiğinde, özel hukuk hükümlerine tabi kılınan yatırım ve hizmetlere ilişkin sözleşmelerin artık, "*kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi*" olarak nitelendirilmesine ve bu sözleşmeler hakkında Danıştay'ın düşünce bildirmesine olanak bulunmadığı açıktır.⁷⁷

B. Belediye Şubeleri Kurulması Hakkında Görüş Bildirmek

Nüfusu arazi üzerinde çeşitli kümelerde yoğunlaşan belediyeler ile nüfusu seksen bini geçen belediyelerde belediye şubelerinin oluşturulabileceği, Belediye Kanunu'nun 10. maddesinde hükme bağlanmıştır.

Bir beldede şube kurulabilmesi için, beldenin şube kurulmak istenen kısmındaki seçmen çoğunluğunun veya belediye meclisinin yerel mülkiye amirine başvurması, yerel seçim kurulunca yapılacak seçimde oy kullanan seçmenlerin çoğunluğunun olumlu oy vermesi, İl İdare Kurulu'nun da bu yönde karar alması gerekmektedir. İl İdare Kurulu kararının yürürlüğe girmesi, Danıştay'ın görüşü, Bakanlar Kurulu'nun tasvibi üzerine Cumhurbaşkanı'nın onayına bağlı kılınmıştır.

C. Belde İsmi Değişiklikleri Hakkında Görüş Bildirmek

1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 9. maddesinde, bir beldenin isminin, Belediye Meclisi'nin ve İl İdare Kurulu'nun kararı üzerine Danıştay'ın görüşü alınarak Bakanlar Kurulu'nun onayı ile değiştirilebileceği hükme bağlanmıştır.

⁷⁷ D. 1. Da., 23.10.2001, E: 2001/150, 14.4.2000, E: 2000/65, K: 2000/57; 11.9.2003, E: 2003/108, K: 2003/110, DKD. 3, s. 12-13.

Danıştay, belde isminde yapılmak istenen değişiklik konusundaki incelemesini, bu değişikliğe gerekçe olarak belediye meclisi ve İl İdare Kurulu kararlarında gösterilen hususların, değişikliği gerekli kılacak nitelikte ve yeterlikte olup olmadığı yönünden yapmaktadır.

“ Ahırhisar Belediye Meclisi’nin 8.2.2002 günlü ve 3 sayılı kararıyla Ahırhisar Belediyesi adının Yeşilhisar olarak değiştirilmesi yolunda karar alındığı, İl İdare Kurulu’nun 19.6.2002 günlü ve 420 sayılı kararı ile de, Belediye isminin resmi kayıtlarda Ahırhisar olmasına rağmen vatandaşlarca zaman zaman Ahırhisar, Ahırhisar, Ahırhisar olarak kullanıldığı ve resmi işlemlerde yanlışlıklara neden olduğu, ayrıca başındaki ‘Ahır’ kelimesinin hayvan barınağı anlamına da gelmesi nedeniyle Belediye halkını rahatsız ettiği, Belediye Meclisi kararının yerinde olduğu, beldenin yeşil bir alanda bulunduğu gerekçesiyle isminin Yeşilhisar olarak değiştirilmesinde bir sakınca bulunmadığına karar verildiği anlaşılmakla,

Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

Belediye Meclisi ve İl İdare Kurulu kararlarında belirtilen gerekçelerle İli, İlçesi’ne bağlı Ahırhisar isminin Yeşilhisar olarak değiştirilmesinin uygun olduğu görüşüyle dosyanın Danıştay Başkanlığı’na sunulmasına 24.9.2002 gününde oybirliğiyle karar verildi.”⁷⁸

Belde isimlerinde süreklilik esas olmakla birlikte, bir beldenin yakınında bulunan ve karışıklığa neden olan, aynı adı taşıyan bir başka belediyenin bulunması ya da beldenin geçmişi ile ilgili veya ayrıcalıklı özelliklerini daha iyi belirten ya da eskisine göre dilimize daha uygun düşen bir adın benimsenmesi gibi haklı nedenlerle belediye isimlerinin değiştirilmesi kabul edilmektedir.⁷⁹

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Danıştay’ın İdari Kararları

Danıştay’ın idari görevleri dolayısıyla verdiği kararları, idari kararlarını oluşturmakta ve bu kararların, diğer idarelerin kararlarından farkı bulunmamaktadır.

Aynı zamanda bir yüksek mahkeme olması dolayısıyla, Danıştay’ca verilen idari kararların idari davalara konu oluşturup oluşturamayacağı konusunda bir duraksamanın yaşandığı görülmekte ise de Anayasa’nın 125. maddesi bu duraksamayı giderici niteliktedir. Anılan maddede yer alan, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu

⁷⁸ D. 1. Da., 24.9.2002, E: 2002/113, K: 2002/136.

⁷⁹ D. 1. Da., 31.3.1993, E: 1993/52, K: 1993/54, DD. 88, s. 15.

hükmü, anayasal bir sınırlama olmadıkça her idari işlemin dava konusu edilebilmesine olanak tanımakta ve Danıştay'ın idari kararlarına karşı yargı yoluna başvurulmasını engelleyen bir Anayasa hükmünün de bulunmaması nedeniyle Danıştay'ın idari kararlarının dava konusu olabileceklerine kuşku bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, idare hukukuna özgü nedenlerle Danıştay'ın bazı idari kararlarının dava konusu edilememesinin de yukarıda belirtilen duraksamanın oluşumuna etkisinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Oysa bu husus, kesin ve yürütülmesi zorunlu olmayan işlemlerin, idari davaya konu oluşturmaya engel oluşturan İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ilgili madde (m. 14/3-d, 15/1-b) hükümlerinin bir sonucu olup, tüm idari işlemler bakımından geçerlik taşımaktadır. Dolayısıyla, kesin ve yürütülmesi zorunlu olmayan nitelikteki Danıştay'ın idari kararlarının da dava konusu edilememeleri tabii bulunmaktadır.

Danıştay'ın idari görevleri dolayısıyla verdiği kararların hukuka uygunluk denetiminin, yargısal görevi dolayısıyla yine Danıştay'ca yapılmasının adil ve tarafsız yargılama ilkeleri bakımından tartışma konusu olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Danıştay'ın konuya ilişkin yargısal kararları incelendiğinde ise varılan sonucun, bu endişeyi pekiştirecek nitelikte olmadığı görülmektedir.

1. Görüş Kararları

Danıştay'ın danışma mercii olarak verdiği kararlarını “*görüş kararları*” olarak adlandırmak olanaklıdır. Zira Danıştay, niteliği görüş de olsa, sonuç itibarıyla bir karar vermektedir.

Danıştay'ın “*görüş kararları*”, idareler bakımından bağlayıcı nitelik taşıyan kararlar olmadığından idarelerin Danıştay kararı doğrultusunda hareket etme zorunluluğu bulunmamaktadır.

A. İsteğe Bağlı Olarak Verilen Görüşler

Görüş alınmasının isteğe bağlı olduğu durumlarda bu husus daha açık ortaya çıkmaktadır. Görüşü için Danıştay'a başvurma zorunluluğunun olmadığı bir durumda, söz konusu görüşe uyma zorunluluğundan bahsetmek de mümkün olmasa gerektir.

B. Yasal Olarak Verilmesi Zorunlu Görüşler

Görüş alınmasının zorunlu durumlarda ise yine Danıştay'ın görüşü doğrultusunda hareket etme zorunluluğu bulunmamakla beraber bu gö-

rüşün aksine eylemde bulunulabilmesi ve işlem tesis edilebilmesi, haklı bir gerekçenin varlığının idarece ortaya konulmasına bağlıdır. Uyma zorunluluğunun bulunmaması, Danıştay görüşünün yok sayılması sonucunu hiçbir zaman doğurmamaktadır. Yasalarda belirli konular hakkında Danıştay'ın düşüncesinin alınmasının zorunlu kılınmasının, bu görüşe verilen önemden kaynaklandığı unutulmamalıdır.

Öte yandan, idarelerce Danıştay'ın görüşünün alınmasının zorunlu olmadığı durumlarda dahi Danıştay'ca verilen görüşlere uyulmasında gösterilen titizlik, görüşünün alınmasının zorunlu olduğu durumlarda Danıştay'ca verilen kararların etkisi bakımından belirleyici bir nitelik taşımaktadır.

Danıştay görüşünün bağlayıcı olmaması, konu hakkında Danıştay görüşünün alınmaksızın işlem tesis edilebilmesini de mümkün kılmamaktadır. Örneğin; hakkında düşüncesini bildirmek üzere Danıştay'a gönderilmeyen bir imtiyaz sözleşmesinin hukuken geçerlik kazanması ve yürürlüğe girmesi olanaksızdır.⁸⁰

Danıştay'dan görüş isteyen idarenin, bu görüşü dava konusu edebilmesi hukuken olanaklı değildir. Çünkü bu görüşe uyma zorunluluğu bulunmamaktadır. Sorumluluğu saklı kalmak kaydıyla Danıştay görüşünün aksi yönünde hareket edilebilmesine yasal olarak bir engel bulunmaktadır.

İdarelerin, Danıştay görüşü doğrultusunda hareket etmeleri halinde ilgililerin Danıştay kararını dava konusu edebilmeleri de yine bu kararların niteliği gereği mümkün bulunmamaktadır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda kesin ve yürütülmesi zorunlu olan idari işlemlerin iptali istemiyle dava açılacağı öngörüldüğünden bu niteliği taşımayan Danıştay'ın görüş kararları dava konusu edilememekle birlikte Danıştay'ın görüşü doğrultusunda idarece tesis edilen kesin ve icrai işlemlerin dava konusu yapılması hukuken olanaklıdır. Nitekim bu şekilde açılan davalara ve Danıştay'ın idari kararlarının (görüşünün) aksi yönünde verilen yargısal kararlarına rastlanılmaktadır.⁸¹

Danıştay Kanunu'nun, Danıştay'ın idari kararları üzerine uygulanan eylem ve işlemlere karşı açılacak davalara ilişkin 24. maddesinin 1. fıkrası-

⁸⁰ D. 1. Da., 19.11.2003, E: 2003/144, K: 2003/157.

⁸¹ D. 1. Da., 13.7.1992, E: 1992/224, K: 1992/238 (DD. S. 87, s. 62-66) sayılı kararlarının aksi yönünde verilen D. 5. Da., 16.9.1993, E: 1992/4035, K: 1993/3177, (DD., S. 89, s. 277-287) sayılı kararı ile (D. 1. Da; 4.5.1995, E: 1995/86, K: 1995/102, sayılı kararı ile bu kararın onanmasına ilişkin DİİK, 15.6.1995 günlü, E: 1995/74, K: 1995/130 sayılı kararının aksi yönünde verilen D. 10. Da., 26.11.2002, E: 2001/4887, K: 2002/4510 sayılı kararı.

nın (d) bendi hükmünün, Danıştay'ın görüş kararları uyarınca tesis edilen işlemlere karşı açılacak davalar ile bir ilişkisinin bulunmadığının belirtilmesi gerekmektedir. Anılan hüküm uyarınca açılan davaların ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülmesi gereği karşısında, Danıştay'ın görüş kararına dayanan idari işlemlere karşı açılan davalarda görevli mahkeme belirlenirken yukarıda anılan madde hükmünün esas alınmaması da bu düşünceyi doğrulamaktadır.

2. İnceleme Kararları

Danıştay'ın inceleme merci olarak verdiği kararlardır ve Danıştay'ın inceleme kararları, uyulması zorunlu ve bağlayıcı nitelik taşımaktadır.

A. İdari Makamlar Arasındaki Uyuşmazlıkları Çözüm Kararları

Danıştay'ın idari makamlar arasındaki uyuşmazlıklar hakkında verdiği kararlar idareler bakımından bağlayıcıdır. İdareler arasındaki "belirli" uyuşmazlıkların, idare bünyesi içinde çözülmesine olanak sağlama amacını taşıyan yasa koyucunun bu tercihi, idarenin bütünlüğü ilkesine aykırı bulunmamaktadır.

İdari makamlar arasındaki görev ve yetkiden doğan uyuşmazlıklar hakkında Danıştay'ca verilen kararların dava konusu edilebilmesi mümkün değildir. Ancak, Danıştay kararı doğrultusunda görevli ve yetkili makamlarca tesis edilen işlemlere karşı açılacak davalarda, işlemin yetki unsuru yönünden yapılan hukuka uygunluk denetimi çerçevesinde işlemi tesis eden makamın görevli ve yetkili idari makam olup olmadığının inceleneceği tabiidir.

Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca Danıştay tarafından verilen idari kararlar da kesindir ve dava konusu yapılamazlar.

"... yasa kuralından anlaşılacağı üzere, iki idarenin taşınmaz malın devri konusunda anlaşamamaları halinde yapılan başvuru üzerine Danıştay ilgili idari dairesinin bu konuda vereceği kararın kesin olduğu ve davaya konu edilemeyeceği açıktır.

*Bu nedenle, davacı Belediye Başkanlığı'nın davalı idarenin taşınmazlarının devrine muvafakat etmemesi ve Danıştay 1. Dairesi'ne yaptığı başvurunun da bu dairece reddine karar verilmesi üzerine bu kararın iptali talebiyle açılan davayı incelemeye olanak bulunmamaktadır."*⁸²

⁸² D. 6. Da., 14.9.1993, E: 1993/2684, K: 1993/3061, DD. 89, s. 369-370.

B. İdari Vesayet Makamı Olarak Uyuşmazlıkları Çözüm Kararları

Danıştay'a yapılan başvuruları (itirazlar), idari başvuru niteliği taşıdığından bu başvurular üzerine Danıştay'ca verilen kararlar da idari nitelik taşımaktadır.

İdari vesayet makamı olarak Danıştay 1. Dairesi'nce verilen kararlar, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 46. maddesinde öngörülen yöntemle Danıştay İdari İşler Kurulu tarafından değiştirilmesi ya da kaldırılması mümkün olmayan, uyulması gerekli yargı benzeri kesin idari kararlardır. Bu kararlara karşı idari yollara başvurulabilmesine yasal olanak bulunmamaktadır. Ancak maddi hataya dayalı olarak alındığının anlaşılması halinde söz konusu kararların ilgili idari dairece düzeltilmesi mümkündür.⁸³ Danıştay idari dairelerince veya İdari İşler Kurulu'nca verilen kararların, itiraz veya temyiz yoluyla Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nca incelenmesi olanağı da bulunmamaktadır.⁸⁴

Danıştay'ca verilen kararların niteliği konusunda zaman zaman yargı yerlerince de farklı değerlendirmelerde bulunulabildiği görülmektedir. Nitekim, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun bir kararında Danıştay'ın, idari vesayet makamı olarak verdiği kararların niteliğinde bir uzlaşma sağlanmadığı, bu kararların idari ve yargısal nitelik taşıdığı yolunda iki ayrı görüşün bulunduğu anlaşılmaktadır.

a. İnceleme sırasındaki bir görüşe göre;

...

Görülüyor ki belediye meclislerinin verdikleri kararlara karşı İl İdare Kurulu'na (veya Danıştay'a) yapılan itirazlar ile bu itirazlar üzerine İl İdare Kurulu'nca (veya Danıştay'ca) verilen kararların bir yargı kararı olmadığı ve bir idari karar niteliğinde bulunduğu ve bu mercilerce, belediye meclisi kararlarının incelenmesinin bir vesayet denetimi olduğu belirtilmiştir.

...

b. Diğer bir görüşe göre;

İl İdare Kurulları'na çeşitli yasalarla yargısal görevler verilmiş ve bu kurulların verdikleri kararlar yargısal kararlar sayılmıştır.

Bilhassa 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 62. maddesinde: "*İl İdare Kurulları, il idare şubelerinin, kaymakamların ve ilçe idare şubeleriyle bucak müdürlerinin, bucak meclis ve komisyonlarının, köy muhtarlarının ve köy ihti-*

⁸³ D. 1. Da., 24.9.2002 E: 2002/109, K: 2002/135; 8.2.2001, E: 2001/7, K: 2001/14; 18.9.2001 E: 2001/124, K: 2001/177.

⁸⁴ DİDDGK, 3.5.2002, E: 2002/342, K: 2002/415.

yar kurullarının yürütülmesi gerekli kararları aleyhine menfaati haleldar olanlar tarafından bu kararların esas, maksat, yetki ve şekil itibariyle kanun ve tüzüğe muhalefetlerinden dolayı açılan iptal davalarına 1. derecede bakarlar.” denilmek suretiyle bu maddede sayılan mercilerin kararları aleyhine İl İdare Kurulu’na yapılacak müracaatı dava olarak nitelendirmiş bulunduğu cihetle bu müracaatlar üzerine verilecek kararların da yargısal karar olduğu şüphesizdir.⁸⁵

Danıştay 6. Dairesi’nce, Danıştay 1. Dairesi’nin yargısal karar verme yetkisi olmamasına rağmen Belediye Kanunu’nun 74. maddesi uyarınca verdiği kararların yargı kararı niteliği kazandığı ve bu nedenle kararlarının iptal davasına konu edilemediği gerekçesiyle yargı denetimini ortadan kaldırdığı ileri sürülen anılan madde hükmünün Anayasa’ya aykırılık oluşturduğu iddiasıyla yapılan başvuruya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi, Danıştay’ın söz konusu denetiminin idari vesayet olduğu ve kararlarının idari nitelik taşıdığı, bu kararlara karşı Danıştay dava dairelerine yapılan başvurunun ise bir temyiz başvurusu değil, kararın uygulanmasına yönelik eylem ve işleme karşı açılan iptal davası olduğunu belirtmiştir.

Danıştay 6. Dairesi’nin başvuru kararında *“iptal davası sonucunda verilecek olan hüküm ile dava konusu işlem iptal edildiği takdirde bütün sonuçları ile birlikte tesis edildiği andan başlayarak hukuk aleminden çıkarılırken, davanın reddi halinde ise işlemin hukuka uygunluğu yargısal bir kararla vurgulanmış olur. Bununla birlikte, 1580 sayılı Yasa’nın 74. maddesi ile Danıştay’ca incelenerek tasdik veya iptal olunacağı öngörülen belediye meclisi kararlarının 1. Daire’ce incelenmesinin yargısal denetimden geçmesi gerekli bir idari işleme karşı açılan davanın, yargısal karar verme yetkisi bulunmayan anılan dairece karara bağlanması suretiyle yargı yolunun kapatılması sonucunu ortaya çıkarmaktadır.”* denilerek; Yasa’daki *“tasdik veya iptal olunur.”* sözcüklerinin Anayasa’nın 125. maddesine aykırılığı nedeniyle iptali istenilmektedir.

Anayasa’nın 155. maddesinin ilk iki fıkrasında, Danıştay’ın yapısal ve işlevsel nitelikleri şöyle açıklanmaktadır.

“Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanun’la gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulu’nca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşünce bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek, idari uyumsuzlukları çözümlenmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.”

⁸⁵ DİB K: 29.1.1976, E: 1968/7, K: 1976/3, RG 12.5.1977, S. 15935, DD. 26-27, s. 111.

Burada açıkça görülmektedir ki, 1. fıkrada Danıştay'ın sadece "yargısal görevler"i düzenlendiği halde, ikinci fıkrada "yönetmel görevler" ağırlık kazanmaktadır. Özellikle "... ve kanunla gösterilen diğer işler..." anlatımı, çoğu kez yargısal olmayan görevleri de kapsayan düzenlemeler yapmayı yasa koyucuya açık tutmaktadır.

2575 sayılı Danıştay Yasası'nın 1. maddesinde şu tanım yapılmaktadır.

"Danıştay, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile görevlendirilmiş Yüksek İdare Mahkemesi, danışma ve inceleme merciidir.

Danıştay, Anayasa ve kendi yasasına göre, yasa ile gösterilen belli davalara ilk ve son derece mahkemesi olarak bakan bir yüksek mahkeme olduğu gibi, aynı zamanda anayasal bir 'danışma' ve 'inceleme' merciidir. Bu nitelikleri ile de kendine özgü (sui generis) bir yönetsel yargı kurumudur.

Danıştay'ın yargısal olmayan görevleri, 2575 sayılı Danıştay Yasası'nda ve kimi özel yasalarda gösterilmiştir.

1580 sayılı Yasa'nın 74. maddesine göre, belediye meclislerinin resmi toplantıları dışında görev ve yetkilerine girmeyen konularda ya da mevzuata açıkça ve ağır biçimde aykırı olarak aldıkları kararlar, ilçe belediyesince verilmişse valinin istemi üzerine İl İdare Kurulu'nca, il belediye meclisince verilmişse İçişleri Bakanı'nın istemi üzerine Danıştay'ca incelenerek onaylanır ya da iptal edilir.

74. madde uyarınca belediye meclislerinin işlemleri üzerinde İl İdare Kurulu ya da Danıştay'ca yapılması öngörülen denetim, bir idari vesayettir. Danıştay burada Anayasa ve 2575 sayılı Yasa'yla kendisine verilen danışma ve inceleme işlevini yerine getirmekte, bir yönetim organı imişçesine yönetsel bir karar almaktadır. Çünkü, bu itiraz, yargısal bir başvuru ya da dava olmayıp, yönetsel bir başvurudur.

Aslında, 74. maddede kullanılan 'tasdik' ya da 'iptal' sözcükleri de, öngörülen işlemin bir idari vesayet olduğunu göstermektedir. Çünkü, bu maddede sözü edilen 'tasdik' ve 'iptal' sözcükleri idari vesayet kavramlarıdır.

Yargısal bir inceleme sonucunda üst merci olarak 'onaylama'dan söz edebilmek için, önceki kararın da alt derece mahkemesince verilmesi, yani yargısal nitelikte bulunması gerekir. Oysa, 74. madde uyarınca Danıştay'a yapılan başvuru, belediye meclisi kararının iptalini ya da onaylanmasını öngörmektedir. Yalnızca bu saptama bile, Danıştay'ca yapılan denetimin 'idari vesayet' olduğunu kanıtlamaktadır.

İdari vesayet sonucu Danıştay 1. Dairesi'nce verilen bu kararlar üzerine uygulanan eylem ve işlemlere karşı Danıştay dava dairelerine yapılan başvuru, bir temyiz başvurusu olmayıp, uygulanan eylem ve işleme yönelik bir iptal davasıdır. Aslında Danıştay Yasası'nın 'İlk Derece Mahkemesi Olarak Danıştay'da

Görülecek Davalar' başlığını taşıyan 24. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde bu konu düzenlenmiştir. Buna göre, Danıştay idari dairelerince veya İdari İşler Kurulu'nca verilen kararlar üzerine uygulanan eylem ve işlemlere karşı açılacak iptal davalarına ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da bakılır. Bunlar arasında, 74. maddeye göre yapılan başvurular üzerine 1. Daire'ce alınan kararlar sonucunda yapılan işlemlere karşı açılan davaların da bulunacağı kuşkusuzdur. Bu durumda, itiraz yoluna başvuran Danıştay 6. Dairesi'nin önünde görüp, çözümleyeceği bir iptal davasının bulunduğu açıktır."⁸⁶

İl daimi encümeni kararlarına karşı valiye, idari yargı yerlerine başvurma hakkı tanıyan İl Özel İdaresi Kanunu'nun 141. maddesi hükmünün dahi idari itiraz yolu öngördüğünü belirleyen Danıştay Başkanlar Kurulu kararında da aynı noktadan hareket edildiği görülmekte olup bu başvurular sonucu verilen kararların da idari nitelik taşıdıkları açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır.

"Danıştay Başkanvekili, 3. Daire Başkanı, 5. Daire Başkanı, 6. Daire Başkanvekili ile 10. Daire Başkanı'in" 3360 sayılı İl Özel İdare Kanunu'nun 141. maddesinin son fıkrasında valinin gerektiğinde kesinleşen encümen kararlarının uygulanmasını durdurarak iptali için idari yargı mercilerine başvurabileceği, ilgili idari yargı merciince verilen karara göre uygulama yapacağı hükme bağlanmıştır.

Önümüze gelen uyuşmazlığın hangi yöntemle ve hangi merci tarafından çözümlenebileceği maddede belirtilen "idari yargı mercilerine başvurabileceği" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesine bağlıdır.

Anayasa'nın "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu"nu belirleyen 125. maddesi hükmü karşısında 141. maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeden idari dava yolunun amaçlandığı açıktır.

Nitekim gerek 3360 sayılı Özel İdare Kanunu'nun 135. maddesinde, gerekse 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 71 ve 73. maddelerinde belirtilen idari itiraz yollarında, kanun koyucu İl Genel Meclisi ve Belediye Meclisi kararları aleyhine Danıştay'a başvurulmasını düzenlerken 141. maddede kullanılmayan farklı bir kavram seçmiş ve "itiraz" kelimesini kullanmıştır.

İl Özel İdare'nin genel yapısı içinde vali, hem genel idarenin taşra ajanı hem de, İl Yerel Yönetim İdaresi'nin yürütme organı durumundadır.

Bu konumuna göre valinin Genel İdare'nin taşra ajanı sıfatıyla İl Yerel Yönetim İdaresi'nin aldığı kararı iptal davasına konu yapması mümkündür.

⁸⁶ AYM, 21.12.1993, E: 1993/27, K: 1993/57, RG 10.5.1994- S. 21930, s. 3-10.

Öte yandan Danıştay Kanunu'nun 42. maddesinin (h) bendine göre İdare-i Umumiye-i Vilayet Kanunu muvakkat gereğince itiraz ve doğrudan başvuru konusunda 1. Daire'ce inceleme yapılabilmesi için yasada görevli yargı yerinin "*Danıştay*" olarak belirtilmesi zorunludur.

Nitekim Özel İdare Kanunu'nun 135 ve 146. maddelerinde bu konuda tartışılmayacak kadar açık hükümler yer almış, bu maddelerin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkları itirazın inceleyip karara bağlamakla açık olarak Danıştay görevli kılınmıştır.

Oysa 141. maddede öngörülen düzenleme 135 ve 146. maddelerde öngörülen düzenlemelerden çok daha farklı nitelikte olup encümenle vali arasında çıkan uyuşmazlığın çözümünde Danıştay görevlendirilmeyip çok daha geniş kapsamlı bir ifade kullanılarak idari yargı mercileri görevlendirilmiştir.

Bu duruma göre il daimi encümeninin kesin kararlarına karşı valilerce yapılacak başvuruların bir "*itiraz*" niteliğinde bulunmadığı, idari dava konusu olduğu, bu nedenle uyuşmazlığın 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 32. maddesinin (a) bendi uyarınca 8. Daire'ce çözümlenmesi gerektiği yolundaki ayrışık oylarına karşılık,

İl Özel İdaresi Yasası'nın 16.5.1987 gün ve 3360 sayılı Yasa ile değişik 141. maddesinde valinin gerektiğinde kesinleşen encümen kararlarının uygulanmasını durdurarak iptali için yargı yerlerine başvurabileceği kuralı getirilmiştir. Sorunun çözümü encümen kararına karşı yapılan bu başvurunun niteliğinin saptanmasına, başka bir anlatımla bu başvurunun bir dava yolu mu, yoksa idari bir itiraz yolu mu sayılması gerektiğinin saptanmasına bağlıdır.

Yerel yönetimlerle ilgili temel yasalarda yerel yönetim kararlarına karşı ilgili kişi veya makam tarafından açılacak bir dava yolu öngörülmemiştir.

Böyle bir yolun öngörülmesine gerek de yoktur. Çünkü idare işlemlerine karşı açılacak davalar önceleri Danıştay Yasası'nda daha sonra da bu yasa ile birlikte İdari Yargılama Usulü Yasası ile Bölge İdare Mahkemeleri, İdare ve Vergi Mahkemeleri Yasaları'nda düzenlenmiştir. Yerel yönetimlerle ilgili yasalarda ise sadece yerel yönetim kararlarına karşı ilgili makam tarafından idareye veya Danıştay'a yapılacak itiraz yolu düzenlenmiştir. 1580 sayılı Belediye Yasası'nın 73. maddesinde başvuru ve itiraz sözcükleri birlikte kullanılmıştır. 442 sayılı Yasa'ya 3367 sayılı Yasa ile eklenen 13. maddede ise Köy İhtiyar Kurulu'nca yapılacak itirazdan söz edilmektedir. İl Özel İdaresi Yasası'na gelince, bu Yasa'nın 135. maddesinde İl Genel Meclisi kararlarına karşı valinin yirmi gün içinde itiraz edebileceği ve itirazın Danıştay'ca karara bağlanacağı kuralı yer almaktadır.

Burada da herhangi bir dava yolunun söz konusu olmadığı açıktır. Aynı Yasa'nın 141. maddesinde yer alan başvuru sözcüğünü de başka türlü anlamaya olanak yoktur. Çünkü 135. madde ile İl Genel Meclisi kararlarına karşı idari itiraz yoluna başvuru düzenlenmişken bu kez 141. madde ile encümen kararına karşı dava yolunun gösterilmesi için hiç bir neden yoktur.

Yasa koyucunun 141. maddede gereksiz yinelemelerden kaçınmak için daha önce 135. maddede yer alan idari itiraz yolunu yeniden ayrıntılı biçimde düzenlemeyip valinin encümen kararlarına karşı idari yargı yerlerine başvurabileceğini belirtmekle yetindiği, böylece 135. maddede gösterilen itiraz yolunun 141. madde için de geçerli olmasını doğal saydığı anlaşılmaktadır. Başka bir anlatımla yasanın İl Özel İdaresi'nin başı olan valinin İl Genel Meclisi kararlarına karşı itiraz yolunu düzenledikten sonra, il daimi encümen kararları karşısında bu yoldan vazgeçip dava yolunu gösterdiği düşünülemez. Maddede yer alan idari yargı yerlerine başvurulabileceği ifadesinin bir dava yolu değil daha önce çok benzer durum için 135. maddede açıkça düzenlenen idari itiraz yolu anlamını taşıdığı ortadadır.

Kaldı ki işin niteliği de bir dava açılmasına elverişli değildir. Vali'nin encümen kararlarına karşı dava açması halinde, encümenin başı olarak yine kendisinin davalı konumunda bulunması gerekecektir. Davacısı ve davalısı aynı olan bir dava türü yoktur, olamazda. Sadece bu durum dahi valinin idari yargı yerlerine bir dava için değil idari itiraz yolu olarak başvuru düzenlenmişken açıklamaya yeterlidir. Bir yasa maddesi diğer maddelerden bağımsız ve sözcüklerin dar anlamları içinde değil, yasanın bütünü, amacı ve işin niteliği göz önünde bulundurularak yorumlanmalıdır.

Bu durumda ortada 141. madde uyarınca vali tarafından bir dava açılması söz konusu olmadığına göre maddede yer alan idari yargı mercii ile 135. maddede belirtilen Danıştay'ın amaçlandığı ve vali tarafından yapılan itiraz konusunda Danıştay Yasası'nın 42. maddesinin (h) bendi uyarınca 1. Daire'ce karar verilmesi gerektiğine kuşku yoktur.

Yukarıda belirtilen nedenlerle İl Özel İdaresi Kanunu'nun 141. maddesine göre yapılan itirazın karara bağlanması görevi 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 42. maddesinin (h) bendine göre Danıştay 1. Dairesi'ne ait bulunduğundan dosyanın anılan Daire'ye gönderilmesine 26.5.1993 gününde oyçokluğuyla karar verildi.⁸⁷

Konuya ilişkin yargı kararları da, Başkanlar Kurulu'nun anılan kararı doğrultusundadır.⁸⁸

⁸⁷ DBK, 26.5.1993, E: 1993/1, K: 1993/17.

⁸⁸ D. 8. Da., 3.11.1994, E :1994/773, K: 1994/2810, DD. 90, s. 856-859.

Danıştay Kanunu'nun "*Danıştay idari dairelerince veya İdari İşler Kurulu'nca verilen kararlar üzerine uygulanan eylem ve işlemlere*" karşı açılacak davaların ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görüleceği yolundaki 24. maddesi hükmü, Danıştay'ın söz konusu idari kararlarının yargısal denetimi konusuna ışık tutmaktadır.

Bilindiği üzere vesayet makamları, vesayet denetimine bağlı idarelerin yerine geçerek yeni ve bağımsız kararlar alamamaktadırlar. Bu nedenle yapılan bir itirazın, vesayet makamınca reddedilmesi halinde dava konusu edilebilecek olan işlem, yerinden yönetim kuruluşunun işlemi olmaktadır. Bu durumda vesayet makamı aleyhine ve vesayet makamı işlemine karşı dava açılabilmesi olanaklı bulunmamaktadır.⁸⁹ Örneğin; belediye meclisi kararının mahalli mülki amirce onaylanmaması üzerine, söz konusu onamama işleminin iptali istemiyle Belediye Kanunu'nun 71. maddesi uyarınca yapılan başvuru sonucu anılan işlemin Danıştay'ca iptali halinde, söz konusu Danıştay kararının iptali istemiyle dava açılabilmesi mümkün bulunmamaktadır. Zira, Danıştay'ın iptal kararı ilgili belediye meclisi kararının yürürlüğe girmesi sonucuna yol açmakta olup iptal davasının konusunu oluşturabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliğini, belediye meclisi kararı taşımaktadır ve bu nedenle belediye meclisi kararlarına karşı dava açılabilmesi olanaklıdır. Açılacak bu davalar da Danıştay'ın değil, idare mahkemelerinin görev alanına girmektedir.

Yürürlüğe girmesi herhangi bir onaya tabi olmayan yerel yönetim kararlarına yapılan itirazların, Danıştay'ca kabul edilerek itiraz konusu kararların iptal edilmesi halinde ise Danıştay'ın vesayet makamı olarak verdiği bu kararların, doğurduğu hukuki sonuçlar itibarıyla yargısal denetime konu oluşturması, Anayasa'nın 125. maddesinin bir gereğini oluşturmaktadır.

Ancak bu yargısal denetimin nasıl olacağı hususunda bir uzlaşmanın bulunmadığı belirtilmelidir. Yukarıda açıklandığı üzere mevzuatımızda, Danıştay'ın idari kararları üzerine uygulanan eylem ve işlemlere karşı dava açılabilmesi öngörülmektedir. Bu hüküm, Danıştay kararlarının, ancak uygulanması halinde etkisini gösterecek olmasına dayanmaktadır ki bu da kararları uygulamakla yükümlü idarelerin bu amaçla tesis ettiği işlemlerin dava konusu edilebilmesi sonucunu doğurmaktadır. Danıştay kararlarının dava konusu edilememesi ise bunların idari işlem niteliğini taşımadığı yolundaki bir düşünceye yol açmaktadır⁹⁰ ki kanımca bu düşünce eleştiriye değerlidir. Danıştay'ın, idari kararlarının uygulayıcısı olmaması,

⁸⁹ DİBK, 29.1.1976, E: 1968/7, K: 1976/3

⁹⁰ DİDDGK, 11.2.2000, E: 1998/346, K: 2000/206; 3.5.2002, E: 2002/342, K: 2002/415.

bu tür kararların dava konusu edilebilmesini, bu kararların uygulanmasına ilişkin işlemlere karşı açılan davaların ise Danıştay husumetiyle görülmesini engellemektedir. Bununla birlikte, söz konusu davaların, Danıştay kararlarının dolaylı olarak yargı denetimine tabi tutulmasını beraberinde getirdiği söylenebilir.

Belirtilen nedenlerle, Belediye Kanunu'nun 73 ve 74. maddeleri uyarınca belediye meclisi kararlarının iptali yolunda verilen Danıştay kararlarının iptali istemiyle açılan davalar, Danıştay Kanunu'nun 24. maddesi hükmü uyarınca incelenmelerine olanak bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmektedir.⁹¹

Ancak bu kararlara dayanan uygulama işlemlerine karşı, menfaati ihlal olunanlarca dava açılabilmesine bir engel bulunmadığı gibi, bu kararın ilgili belediyeye tebliği ve karar gereğinin yerine getirilmesi istemini içeren İçişleri Bakanlığı işleminin de bir uygulama işlemi olarak kabul edilerek söz konusu belediyelerce İçişleri Bakanlığı işlemine karşı açılan davaların yargı yerlerince görüldüğü belirtilmelidir. İçişleri Bakanlığı'nun söz konusu işlemi ile birlikte, bu işlemin dayanağını oluşturan Danıştay kararının da iptali istemiyle açılan davalarda yargı yerlerince, iptali istenen her iki işlemin de incelenerek uyumsuzluğun esası hakkında verilen kararlara rastlanılabilmektedir.⁹² Hatta, İçişleri Bakanlığı'nun hasım gösterilerek doğrudan ve yalnızca Danıştay kararının iptali istemiyle açılan davaların varlığı da söz konusu olup bu davaların Danıştay 6. Dairesi'nce incelenmekte iken,⁹³ Danıştay 11. Dairesi'nce incelenmeksizin reddedildiğinin⁹⁴ ve her iki kararın da Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nca onaylanmış olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Her ne kadar 6. Daire kararının onanmasına dair kararda, İçişleri Bakanlığı'nın 1. Daire kararı doğrultusunda işlem tesis ettiğinin anlaşıldığı, bu nedenle davanın esastan incelenmesinin uygun bulunduğu belirtilmekte ise de iptal isteminin yalnızca 1. Daire kararına yönelik olması karşısında bu gerekçenin, her iki karar arasındaki farkı tam olarak ortaya koyduğunu söyleyebilmek güçtür. Danıştay 1. Dairesi'nin kararının yanı sıra bu kararın uygulanması istemini içeren İçişleri Bakanlığı kararının da iptali istemiyle açılan davaların, 11. Daire tarafından da incelendiği görülmektedir.⁹⁵

⁹¹ D. 11. Da., 18.2.2003, E: 2003/145, K: 2003/716.

⁹² D. 6. Da., 21.9.1994, E: 1992/1437, K: 1994/3095; DD. S. 90. s. 656.

⁹³ D. 6. Da., 30.12.1997, E: 1996/4601, K: 1997/6176 (DİDDGK'nın 11.2.2000, E: 1998/346, K: 2000/206 sayılı kararıyla onanmıştır.).

⁹⁴ D. 11. Da., 31.5.2002, E: 2002/49, K: 2002/79 (DİDDGK'nın 18.9.2003 günlü, E: 2003/396, K: 2003/608 sayılı kararıyla onanmıştır. DKD, Y. 2, S. 3, 2004, s. 60-61).

⁹⁵ D. 11. Da., Yürütmenin Durdurulması kararı, 6.5.2003, E: 2003/708.

Kanımca, bu durumda belediyelerce Danıştay kararı uyarınca bir işlem tesis edilmedikçe bireyler tarafından Danıştay kararının tek başına dava konusu edilebilmesi mümkün olmamakla birlikte ilgili belediyelerce, Danıştay kararının uygulanmasını sağlamakla görevli İçişleri Bakanlığı aleyhine Danıştay kararının iptali istemiyle dava açılabilmesine bir engel bulunmamaktadır. Zira Danıştay kararı, bireyler bakımından taşımadığı kesin ve yürütülebilir işlem niteliğini, belediyeler bakımından taşımaktadır.

İl İdare Kurulu'nca Belediye Kanunu'nun 73 ve 74. maddeleri uyarınca verilen ve Danıştay'ın bu maddeler uyarınca verdiği kararlar ile aynı nitelikte bulunan kararlarına karşı dava açılabilmesi yolundaki Danıştay kararları,⁹⁶ aynı zamanda, Danıştay'ın söz konusu idari kararlarının dava konusu edilebilmesine de dayanak oluşturmaktadır.

Belediye Kanunu'nun 97. maddesi uyarınca Danıştay'ca verilen kararlar kesindir ve dava konusu edilemezler. Keza, Belediye Kanunu'nun 123. maddesi kapsamındaki valilik işlemlerine karşı iptal davası açılmasına engel görülen hususlar,⁹⁷ Danıştay kararları yönünden de geçerli olduğundan, anılan madde kapsamındaki Danıştay kararlarının da dava konusu edilemeyeceği belirtilmelidir.

C. Danıştay'ın "Onaya" Bağlı Kararları

Danıştay, kural olarak idari işlem ve eylemler hakkında kararlar vermektedir. Bu nedenle Danıştay'ın, yargısal ve idari fonksiyonlarını yerine getirirken "verdiği kararlar" dan bahsedilmesi olağandır. Oysa Danıştay'ın "onaya" bağlı kararlarında, "aldığı kararlar" söz konusudur. Zira, Danıştay herhangi bir işlem hakkında karar vermemekte, bir idare organı olarak bizzat kendisi işlem tesis etmektedir.

Bu kararların iki özelliği bulunmaktadır ;

Birincisi, Danıştay'ca konu hakkında bir karar alınabilmesi için bu yönde yapılan bir başvurunun varlığı gerekmektedir. İkincisi ise, Danıştay kararının hüküm ifade etmesi, bir diğer idari makamın onayına bağlı kılınmış bulunmaktadır.

Bir derneğin kamu yararına çalışan derneklerden sayılabilmesi için öncelikle söz konusu dernek tarafından İçişleri Bakanlığı'na bu yönde bir başvuruda bulunmuş olması ve bu derneğin kamuya yararlı sayılması yolunda Danıştay'ca alınan kararın, Bakanlar Kurulu'nca onaylanması

⁹⁶ D. 1. Da., 31.3.1992, E: 1992/118, K: 1992/128; D. 8. Da., 9.12.1993, E: 1992/3074, K: 1993/4118, DD. S. 90, s. 827-830.

⁹⁷ DİİK, 8.7.1982, E: 1982/108, K: 1982/129.

gerekmektedir. Danıştay kararının Bakanlar Kurulu'nca onaylanmaması halinde, ilgili dernek tarafından bu işleme karşı dava açılabilmesine engel bulunmamaktadır.⁹⁸ Bakanlar Kurulu, bir derneğin kamuya yararlı dernek olup olmadığının saptanmasında nihai olarak yetkili bulunmakla beraber İçişleri Bakanlığı'nın olumlu görüşü ve Danıştay İdari İşler Kurulu'nun olumlu yöndeki kararına rağmen bir derneğin kamu yararına dernek sayılmaması için yeterli, somut ve haklı nedenlerin bulunması gerekmektedir.⁹⁹ Yargısal denetim sırasında da derneğin kamuya yararlı sayılabilmesi için kanunda aranan şartları taşıyıp taşımadığı incelenmekte ve ulaşılan sonuca göre karar verilmektedir.¹⁰⁰

İlgili derneğin başvurusunun Danıştay'ca reddedilmesi halinde bu işleme karşı da dava açılabilmesinin kabulü gerekmektedir. Çünkü dernek başvurusunun Danıştay'ca reddi halinde Bakanlar Kurulu'nca aksi yönde bir karar alınabilmesi mümkün olmadığından, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliği taşıdığından kabulü gereken Danıştay kararının dava konusu edilebilmesine bir engel bulunmamaktadır. Ancak söz konusu Danıştay kararı, dernek başvurusunun reddi anlamını taşıdığından bu kararın uygulayıcısı konumundaki İçişleri Bakanlığı aleyhine dava açılabilmesi mümkündür.

Danıştay'ca belediye kurulması yolunda verilen kararlar, Cumhurbaşkanlığı'nın onayına tabidir. Ancak uygulamada, belediye kurulması yolundaki Danıştay kararından sonra üçlü kararname tesis edilmektedir. Belediye sınırlarında değişikliğe yol açacak nitelikteki kararların da aynı usule tabi olduğu hükme bağlandığından, belediye kurulması hakkında verilen kararlarla aynı niteliği taşımaktadırlar.

Belediye kurulmasına karşı açılan davalarda söz konusu üçlü kararın iptali istenilmektedir. İçişleri Bakanlığı husumetiyle görülen bu davalarda yargısal denetim, yasal koşulların varlığı¹⁰¹ ile planlama ve şehircilik ilkeleri ile kamu yararı ve hizmet gerekleri yönünden yapılmaktadır.¹⁰² Belirtilen hususlar, belediye sınırlarında değişikliğe yol açan kararlar bakımından da geçerlidir.¹⁰³

Cumhurbaşkanlığı'nın onayı ile sonuçlanan bu süreçte, Danıştay kararının olumsuz olması, başvurusunun reddi sonucunu doğurması için yeterli olduğundan bu bağlamda kesin ve icrailik niteliği taşıyan Danıştay kararı-

⁹⁸ D. 10. Da., 23.10.1990, E: 1988/2710, K: 1990/2301, DD. S. 82-83, s. 894-898.

⁹⁹ D. 10. Da., 23.10.1990, E: 1988/2710, K: 1990/2301, DD. 82-83, s. 894-898.

¹⁰⁰ D. 10. Da., 10.4.2000, E: 2000/985, K: 2002/240.

¹⁰¹ D. 8. Da., 16.11.1987, E: 1987/87, K: 1987/489, DD. S. 70-71, s. 368-369.

¹⁰² D. 8. Da., 27.4.2000, E: 1998/3789, K: 2000/3194; 5.5.1999, E: 1996/2124, K: 1999/2765.

¹⁰³ D. 8. Da., 29.12.1999, E: 1999/3572, K: 1999/8184.

nın iptali istemiyle kararın uygulayıcısı durumunda olan İçişleri Bakanlığı aleyhine bir dava açılabilceğinin kabulü gerekmektedir.

Danıştay'ca, belde sınırlarında değişikliğe yol açacak nitelikteki başvuruların reddi halinde, bu kararların iptali istemiyle dava açılmayacağı yolundaki içtihadın,¹⁰⁴ değişime uğramakta olduğu ve Danıştay kararının ilgiliye tebliğinin, kararın uygulanması olarak kabul edilerek dava konusu edilebilmesi eğiliminin güçlendiği söylenmelidir.¹⁰⁵

D. Danıştay'ın "Onay" Kararları

Belediye meclislerinin, 25 yılı aşan borç alma ya da borç verme kararları bakımından aranan Danıştay onayı, bu kararların yürürlüğe girmesini sağlayacak nitelik arz etmektedir.

Kanımca, konu hakkında Danıştay'ca verilen kararlarının, sonucu ne olursa olsun niteliği gereği dava konusu yapılamamaları gerekmektedir.

E. İşlem Tesisi İçin Zorunlu Olan, Danıştay'ın "Uygun Görüş" Kararları

Kararlar, inceleme ve uygun görüş talebinde bulunan idareleri kısmen bağlayıcı niteliktedir. Danıştay'ın, uygun görüş bildirdiği işlemi tesis zorunluluğu bulunmamakla birlikte Danıştay kararının aksi yönünde işlem tesis edilebilmesi de olanaklı değildir.

Danıştay'ın diğer işlemler hakkındaki inceleme görevlerinde yalnızca onama ve iptal yetkisi ile donatılmış iken burada, inceleme yaptığı işlem üzerinde değişiklik yapmak suretiyle taslağı yeniden oluşturabilme yetkisi bulunmaktadır.

Tüzük tasarılarının incelenmesi sonucu Danıştay'ca verilen kararlar dava konusu edilemezler. Tasarının tüzükleşmesi halinde söz konusu tüzüğe karşı dava açılabilmesi olanaklıdır.

"Danıştay 1. Dairesi tarafından Tıpta Uzmanlık Tüzüğü Tasarısı hakkındaki 11.7.1997 günlü, E: 1996/39, K: 1997/8 sayılı inceleme kararının temyizden incelenerek, anılan Tüzüğün Anayasa'ya aykırı hükümlerinin çıkarılması, gerekli değişikliklerin yapılması; yeni karar oluşturulması; Yüksek Öğretim Kurumları ve yasa ile belirlenmiş öğretim üyeleri dışında tıpta uzmanlık eğitimi verilmesini

¹⁰⁴ D. 8. Da., 4.10.1990, E: 1989/658, K: 1990/1019, DD. 82-83, s. 698-699; DİDDGK, 17.1.1992, E: 1991/11, K: 1992/22.

¹⁰⁵ D. 8. Da., 19.9.2002, E: 2001/1228, K: 2002/4115.

sağlayan tüm maddelerin Anayasa'ya aykırı olması nedeniyle Anayasa Mahkemesi'ne müracaat ve dava edilmesini istemektedir.

...

Danıştay'ca incelenmiş ancak yürürlüğe konulmamış tüzük tasarılarının henüz tüzük olarak hukuki varlık kazanmadığı ve yürütme organının yürürlüğe koyup, koymamakta serbest olduğu tartışmasızdır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda Danıştay 1. Dairesi'nce tüzük tasarılarının incelenmesi sonucu verilen kararlara karşı herhangi bir başvuru yolu öngörülmediği gibi, yukarıda belirtilen hukuki niteliği itibarıyla tüzük tasarılarına karşı dava açılması da mümkün bulunmamaktadır.

Her ne kadar 2575 sayılı Yasa'nın 24/1-e maddesinde, Danıştay idari dairelerinden veya İdari İşler Kurulu'nca verilen kararlar üzerine uygulanan eylem ve işlemlere karşı Danıştay'da iptal davası açılacağı hükmü yer almakta ise de; talepten de anlaşılacağı gibi Anayasa hükmü gereği tüzük tasarıları üzerinde yapılan inceleme sonucunda verilen karar tek başına dava konusu edilebilecek idari işlem niteliğinde bulunmamaktadır.

Çünkü idari işlem, idarenin kamu hukuku alanında yaptığı tek yanlı ve kesin doğrudan uygulanabilir hukuksal işlemler olup, Tüzük tasarıları (Danıştay incelemesinden geçmiş ya da henüz incelemeden geçmemiş olmasına bakılmaksızın) doğrudan uygulanması mümkün olmayan metinlerdir."¹⁰⁶

Dava ve icra takibinden vazgeçme ya da mevcut uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümüne ilişkin olarak yapılan başvurular hakkında verilen Danıştay kararlarının da, nitelikleri gereği dava konusu edilebilmeleri olanaksızdır.

F. 4483 Sayılı Kanun Uyarınca Verilen Kararlar

4483 sayılı Kanun'da, Danıştay ve Bölge İdare Mahkemeleri'nce verilen kararların kesin olduğu hükme bağlanmış olup itiraz mercii tarafından verilen ve ceza yargılamasına ilişkin bulunan kararların, niteliği gereği dava konusu edilebilmelerine hukuken olanak bulunmamaktadır.

¹⁰⁶ D. 5. Da., 12.10.1999, E: 1999/4356, K: 1999/2905, DD. 103, s. 470-471.

YABANCI UNSURLU BOŞANMA DAVALARINDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

Bülent ÇİÇEKLİ*

GİRİŞ

Yabancılık unsuru taşıyan boşanma davaları,¹ hem teorik açıdan, hem de uygulama açısından büyük önem arz etmektedir. Devletler özel hukukunun hemen bütün meselelerinin boşanma davalarında söz konusu olduğuna çeşitli yazarlar işaret etmektedir.² Gerçekten, yabancı unsurlu boşanma davaları, hem milletlerarası yetkiyi, hem kanunlar ihtilafını, hem de mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini³ ilgilendirmektedir. Ancak, bu çalışmada, esas itibariyle, boşanma davalarında mahkemelerin milletlerarası yetkisi üzerinde durulacaktır.

Boşanma davalarında mahkemelerin milletlerarası yetkisi, Türk devletler özel hukuku açısından, sadece yabancıları ilgilendirmesi yönüyle değil, bundan daha önemli olarak Türk vatandaşlarını ilgilendirmesi sebebiyle de, üzerinde durulması gereken bir konudur. Yurtdışında ve özellikle Avrupa ülkelerinde artan Türk varlığı⁴ ve bunların zaman içinde

* Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesi, Devletler Özel Hukuku öğretim üyesi: Lisans, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1989; Master, Nottingham Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1992; Doktora, Londra Üniversitesi, School of Oriental and African Studies (SOAS), Hukuk Fakültesi, 1997; e-mail: bulentcicekli@hotmail.com

¹ Bu çalışmada, boşanma davaları tabiri ayrılık ve evliliğin feshi davalarını da içerecek şekilde kullanılmaktadır: bkz., Medeni Kanun (MK), m. 160 ve 170.

² Bkz., A. Sakmar, (1976) *Devletler Hususi Hukuku'nda Boşanma*, İstanbul Üniversitesi Yayınları'ndan No. 2163, Hukuk Fakültesi No. 480, İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 2; ve aynı sayfada 3 nolu dipnotta bahsedilen yazarlar.

³ Yabancı mahkemelerde verilmiş boşanma kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda bkz., B. Tiryakioğlu, (1996) *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi*, Ankara; A. C. Ruhi, (2003a) *Boşanma İle İlgili Yabancı Mahkeme İlamlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi*, Ankara, Seçkin.

⁴ Yaklaşık 4.5 milyon civarında Türk'ün yurt dışında yaşadığı tahmin edilmektedir. Çalışma Bakanlığı'nun verilerine göre 2002 yılı itibariyle 3.574.164 Türk vatandaşının yurt dışında olduğu ve 943.250 Türk'ün ise yabancı devlet vatandaşlığına geçmiş

bu ülkelerde yerleşmeleri ve orada evlilikler yapmaları neticesinde tabii olarak ortaya çıkan boşanma olayları, bu tür boşanma davalarında Türk ve yabancı mahkemelerin milletlerarası yetkisi sorununu mahkemelerin önüne taşımaktadır.

Bu çalışmada esas itibariyle Türk mahkemelerinin yabancı unsurlu boşanma davalarındaki milletlerarası yetkisi inceleme konusu yapılmakla birlikte, yabancı mahkemelerin milletlerarası yetkisi sorununun da ortaya çıkması kaçınılmazdır. Mahkemelerin yargı yetkisi ve milletlerarası yetki konusunda her ülkenin iç hukukunun belirleyici olması tabiidir.⁵ Yabancı unsurlu boşanma davalarında Türk mahkemelerinin yetkisi konusu, hem genel⁶ ve özel yetki kuralı⁷, hem de tali (tamamlayıcı) yetki kuralı⁸ açısından incelenmektedir. Bu kapsamda, mahkemelerin milletlerarası yetkisinin doğumunda bir esas olarak kullanılan ikametgah (yerleşim yeri) kavramı ve bunun tespitine ilişkin sorunlar üzerinde durulmaktadır. Özellikle, yabancıların Türkiye’de ve Türklerin yabancı ülkelerde ikametgahlarının tespiti konusunda Türk mahkemelerinin yerleşik uygulamaları eleştirel bir şekilde irdelenmektedir.

1. Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Yetkili Mahkeme

Boşanmada yargılama usûlünün, lex fori olarak, Türk hukukuna tabi olduğu doktrinde oybirliğiyle kabul edilmektedir.⁹ Yabancı unsurlu davalarda yargılamaya ilişkin sorunların hakim kanununa tabi olduğu yargısal içtihatla şöyle ortaya konmaktadır: “Yabancı unsurlu davalarda, yargılamaya ilişkin sorunlar hakim kanununa tabidir (lex fori). Bu kural devletin yargı organları yolu ile ülkesi üzerindeki hakimiyetini gösterir. Mahkemelerin yargılamayı kendi kurallarına göre yapması işin tabii sonucudur.”¹⁰

olduğu bildirilmektedir. Bkz., Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı (Dış İlişkiler ve Yurtdışı İşçi Hizmetleri Genel Müdürlüğü) (2002) 2000-2001 Raporu: *Yurtdışındaki Vatandaşlarımıza İlişkin Gelişme ve Sayısal Bilgiler*, Yayın No. 110, s. 31-32.

⁵ Bkz., Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK), m. 27-33.

⁶ Bkz., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK), m. 9/1.

⁷ Bkz., HUMK, m. 9/III ve MK, m. 168.

⁸ Bkz., MÖHUK, m. 28.

⁹ Bkz., A. Gürzumar, (1994) “Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB)*, Yıl. 14, Sayı. 1-2, s. 36, 63. dipnotta bahsedilen yazarlar; ayrıca lex fori prensibinin Devletler Özel Hukuku’ndaki rolü için bkz., E. Nomer, (2002) *Devletler Hususi Hukuku: Genel Prensipler-Uygulama-Milletlerarası Usul Hukuku-Yabancı Kararların Tanınması ve Tenfizi*, (11. Bası), İstanbul: Beta, s. 303-319.

¹⁰ Bkz., Y. 2. HD, 14.05.1981, E. 3630 / K. 3766; Y. 2. HD, 27.05.1998, E. 4842 / K. 6521. Kararlar için bkz., Nomer, 2002, s. 303, 33. dipnot.

Bu yüzden, mahkemenin milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığı ve bu yetkiye ilişkin itirazların ileri sürülmesi, şekli, zamanı ve sonuçları hakkının kanununa tabidir.¹¹ Türk hakimi, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre tayin edecektir (MÖHUK, m. 27). İkametgah (yerleşim yeri) ise, bu yetkinin tayininde başlıca kriter olarak kullanılmaktadır. İkametgahın tespiti de, yetki de olduğu gibi, bir usûl sorunudur ve hakimin hukukuna göre tespiti gerekecektir.¹²

1.1 Genel ve Özel Yetkili Mahkeme

Mahkemelerin milletlerarası yetkisinin nasıl belirleneceği konusu bazı ülke hukuklarında bağımsız ayrıntılı yasal düzenlemeye tabi tutulmuştur. Türk hukuku ise, konuyu iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına havale etmiştir. MÖHUK'un 27. maddesi bu konudaki genel kuralı koymuştur: *"Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder."* Böylece, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin doğumu, iç hukuk açısından yetkili bir mahkemenin bulunması şartına bağlanmıştır. Diğer bir ifadeyle, yer itibariyle yetkili bir mahkemenin varlığı milletlerarası yetkinin doğumu için yeterli ve gerekli bulunmaktadır.¹³

MÖHUK'un 27. maddesinin yaptığı gönderme gereğince, iç hukukta genel yetkili olan davalının ikametgahı mahkemesi (HUMK, m. 9/1) yabancı unsurlu davalarda da genel yetkili mahkeme olmaktadır.¹⁴ HUMK'un 9. maddesinin 1. fıkrasına göre:

*"Her dava, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça açıldığı tarihte davalının Türk Kanunu Medenisi gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde görülür. Davalının ikametgahı belli değilse, davaya Türkiye'de son defa oturduğu yer mahkemesinde bakılır."*¹⁵

Bu kural gereğince, hukuki ve ticari bütün konularda prensip olarak davalının ikametgahının bulunduğu yer mahkemesi (actor sequitor forum

¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., B. Kuru/R. Arslan/E. Yılmaz, (2003) *Medeni Usul Hukuku*, (Ders Kitabı) (Genişletilmiş 14. Bası) Ankara: Yetkin Yayınları, s. 200-206.

¹² Y. 2. HD, 27.05.1998, E. 4842 / K. 6521: Karar için bkz., A. C. Ruhi, (2003b) *Gerekçeli-Açıklamalı-Yargıtay İçtihatlı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, Ankara, Seçkin, s. 250-251; Ö. U. Gençcan ,(2000) *Öğreti ve Uygulamada Boşanma, Tazminat-Nafaka, Bilimsel Açıklama, İçtihatlar ve İlgili Mevzuat*, Ankara, s. 1342-1343.

¹³ Bkz., Nomer, 2002, s. 360.

¹⁴ Kural olarak bütün davalar için uygulanan yetki kuralına, genel yetki kuralı ve bu mahkemeye de genel yetkili mahkeme adı verilmektedir: Bkz., Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 2003, s. 165.

¹⁵ Genel yetkili mahkemeler konusunda bkz., S. Üstündağ, (1997) *Medeni Yargılama Hukuku*, Cilt I-II, (Gözden Geçirilmiş 6. Bası) İstanbul: Alfa Yayınları, s. 196-203; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 2003, s. 166-174.

rei) milletlerarası yetkiye sahip olacaktır. İkametgah esası sadece gerçek kişiler aleyhine açılacak davalar için değil, tüzel kişiler aleyhine açılacak davalar için de genel milletlerarası yetkiyi belirleyen bir esastır.¹⁶

HUMK'un 9. maddesinin 3. fıkrası da, boşanma davaları açısından ayrıca yer itibariyle yetkili mahkeme konusunu düzenlemektedir. Buna göre, *"Boşanma ve ayrılık davalarında yetkili mahkeme, davacının ikametgahı veya eşlerin davadan evvel son defa altı aydan beri oturdukları yer mahkemesidir."* Buna göre, yabancılık unsuru taşıyan boşanma davalarında milletlerarası yetkinin belirlenmesinde öncelikli olarak başvurulacak kural, HUMK m. 9/3'de yer alan bu yetki kuralı olmaktadır.¹⁷

Diğer taraftan, boşanma davalarında yetki konusunu düzenleyen yeni Medeni Kanun'un 168. (eski 136) maddesi ise şu şekildedir, *"boşanma veya ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir."*¹⁸

Yetki kurallarını kamu düzenine ilişkin ve kamu düzenine ilişkin olmayan yetki kuralları¹⁹ olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür.²⁰ HUMK, hangi yetki kurallarının emredici nitelik taşıdığını ve dolayısıyla kamu düzenine ilişkin olduğunu açıkça belirtmemiştir. Bir yetki kuralının kamu düzenine ilişkin olup olmadığı, ilgili kanun hükmündeki ifadenin mutlak olup olması ve o yetki kuralının konuluş amacına göre belirlenmektedir.²¹

Bu yüzden, boşanma davalarında yetkinin kamu düzenine ilişkin olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Doktrin, yukarıdaki iki özel yetki kuralının kamu düzenine ilişkin olduğu ve bu sebepten hakim tarafından resen dik-

¹⁶ Bkz., N. Ekşi, (2000) *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, İstanbul, Beta, s. 81; Kuru/Arslan/Yılmaz, 2003, s. 171-172.

¹⁷ Genel yetki bahsinde (HUMK m. 9'da) düzenlenen ve boşanma davalarında öncelikli olarak uygulanması öngörülen bu yetki kuralı, HUMK m. 10 vd. düzenlenen özel yetki kuralları arasında sayılmamakla birlikte, doktrinde, hem HUMK m. 9/III, hem de az aşağıda inceleyeceğimiz MK m. 168 hükmü, özel yetki kuralları arasında sayılmaktadır: Bkz., Kuru/Arslan/Yılmaz, 2003, s. 189. Başka bir yazar ise, boşanmaya ilişkin bu özel yetki kurallarını mutlak yetki kuralları olarak nitelendirmektedir: Bkz., Üstündağ, 1997, s. 198.

¹⁸ Boşanma davalarında yetki konusunu düzenleyen önceki Medeni Kanun'un 136. maddesi şu şekildeydi: "Salahiyettar hakim davacının ikametgahı hakimidir".

¹⁹ Kamu düzenine ilişkin olmayan yetki kuralları arasında, genel yetki kuralı (HUMK, m. 9) ile kamu düzenine ilişkin olmayan özel yetki kuralları (HUMK, m. 10; 11/II ve III; 12; 17/c. 1; 20 ve 21) yer almaktadır: Bkz., Kuru/Arslan/Yılmaz, 2003, s. 195.

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz., Kuru/Arslan/Yılmaz, 2003, s. 192-206; literatürde ayrıca mutlak yetki - tali yetki (bkz., Üstündağ, 1997, s. 203-237); ve emredici yetki - ihtiyari yetki ayrımları da kullanılmaktadır (bkz., Ekşi 2000, s. 170-175).

²¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, 2003, s. 192.

kate alınması gerektiği düşüncesindedir.²² Yine bir görüşe göre, boşanma davalarına ilişkin yetki kuralları kamu düzenine ilişkin olmakla birlikte, kesin olmayan yetki kurallarıdır.²³ Zira, iki tane yetkili mahkeme vardır (MK, m. 168; HUMK, m. 9/III). Davacı, davasını bu iki mahkemeden (genel ve özel yetkili) birinde açmak hususunda bir seçim hakkına sahiptir.

Bununla birlikte, kamu düzenine ilişkin olmayan özel yetki kuralları ile kamu düzenine ilişkin olmakla beraber kesin olmayan özel yetki kurallarının (HUMK, m. 9/3 ve MK, m. 168) genel yetkili mahkeme olan davalının ikametgahı mahkemesinin (HUMK, m. 9) yetkisini kaldırmayacağı ifade edilmiştir.²⁴ Yargıtay, boşanma davalarında yetki kurallarının kamu düzeni ile ilgili olmadığını ve ilk itiraz yoluyla yetkisizlik itirazı ileri sürülmedikçe mahkemenin kendiliğinden yetkisizlik kararı veremeyeceğini kabul etmektedir.²⁵ Bunun bir sonucu olarak, davalının, mahkemenin yetkisine HUMK'un 23. maddesi gereğince esasa cevap süresi içinde itiraz etmemesi durumunda, HUMK m. 9/1 ve 3'e göre yetkisi bulunmayan bir yer mahkemesinin de yetkili hale gelmesi mümkündür.²⁶

Yabancı unsurlu boşanma davaları açısından yeni Medeni Kanun'un 168. maddesinin HUMK m. 9/III ile olan ilişkisini incelemekte fayda vardır. Her iki hüküm de yabancı unsurlu boşanma davalarında yetkili mahkeme konusunu birbirine benzer şekilde düzenlemektedir. HUMK m. 9/III'ün

²² Bkz., Üstündağ, 1997, s. 209; Kuru/Arslan/Yılmaz, 2003, s. 194.

²³ Bu görüş, kamu düzenine ilişkin yetki kurallarını, kesin yetki kuralları ve kesin olmayan özel yetki kuralları olmak üzere ikiye ayırmaktadır: Bkz., Kuru/Arslan/Yılmaz, 2003, s. 192-195.

²⁴ Bkz., Kuru/Arslan/Yılmaz, 2003, s. 175, 194. doktrinde farklı bir görüşe göre, özel yetkiye sahip mahkemeler ya HUMK m. 9 ile kabul edilen genel yetkili mahkemeyi bertaraf ederler, ya da genel yetkiyi haiz mahkemenin yanında yer alırlar. Birincide mutlak, ikinci de ise tali yetki kurallarından söz edilir; boşanmaya ilişkin yetki kuralı ise bir mutlak yetki kuralıdır: Bkz., Üstündağ, 1997, s. 20, 198.

²⁵ "... boşanma davalarındaki yetki kurallarının kamu düzeni ile ilgili olmadığını, diğer bir anlatımla kamu düzeni esasına dayalı olarak konulmadığı, o nedenle ilk (iptidai) itiraz yolu ile, yetkisizlik ileri sürülmedikçe, mahkemenin kendiliğinden yetkisiz olduğunu beyan edip yetkisizlik kararı veremeyeceği sonucunun kabulü gerekir": (YHGK, 22.04.1998 gün ve 1998/2-276-297 sayılı kararı için bkz YKD, Cilt 25, Sayı 7, Temmuz 1999, s. 897-900; Ruhî, 2003b, s. 247-249). HUMK'un 9. maddesine 08.05.1973 tarihinde yapılan eklemeye eşlerin davadan evvel son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesi de yetkili mahkeme haline getirilmiştir. Diğer taraftan, Türkiye'nin 08.09.1967 tarihinde imzaladığı "Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkında Sözleşme" 10.12.1997 tarihinde yürürlüğe konmak sureti ile Türkiye bu konuda yabancı mahkemelerin yetkisini de kabul etmiştir. Ayrıca, 1982 yılında yürürlüğe giren MÖHUK'un. 28, 38 ve 42. maddeleri ile Türklerin yabancı ülkelerde kişi hallerine ilişkin dava açmalarına, alınan kararların tenfizine ve tanınmasına imkan tanınmıştır.

²⁶ Bkz., 2. HD, 28.1.1985, 509/686 (N. Yalçınkaya/Ş. Kaleli, (1987) *Boşanma Hukuku*, Cilt II, Ankara); aktaran Gürzumar, 1994, s. 32).

ilgili kısmında yetkili mahkemeler arasında “davacının ikametgahı” mahkemesi de yer almaktadır. Önceki Medeni Kanun’un 21. maddesinde, “kocanın ikametgahı karının ikametgahı addolunur” hükmü mevcuttu. Buna paralel olarak, kadının açacağı boşanma davasındaki yetkili mahkemenin kocanın ikametgahı mahkemesi olduğu uygulamada benimsenmişti.²⁷ Yeni Medeni Kanun’un 21. maddesi ise, kadın erkek eşitliği düşüncesinden hareketle, böyle bir hükme yer vermemiştir.

Yeni MK’nın 168. maddesinde ise, “eşlerden birinin yerleşim yeri”, yetkili mahkemeler arasında sayılmaktadır. Yeni yasal durum itibarıyla, eşlerin yerleşim yeri (ikametgahı) tabii olarak aynı olabilmekle birlikte,²⁸ bu zorunlu yasal bir ilişkilendirmeden kaynaklanmamaktadır. Her halükarda, yeni MK’nın 168. maddesi anlamında eşlerden (herhangi) birinin yerleşim yeri ifadesi, HUMK’un 9/I’deki davalının ikametgahı ve 9/III’teki davacının ikametgahı mahkemesini kapsayıcı bir anlama sahiptir.

Netice olarak, yabancılik unsuru taşıyan boşanma davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin doğabilmesi için, kural olarak, eşlerden birinin ikametgahının veya eşlerin davadan önce son olarak altı aydan beri oturdukları yerin Türkiye’de bulunması,²⁹ ya da Türkiye’nin herhangi bir yerinde açılan boşanma davasına davalı eşin yetki yönünden ilk itirazda bulunmamış olması gerekli ve yeterlidir.

Milletlerarası yetkinin belirlenmesinde yer itibarıyla yetki kaideleri uygulanırken, dava taraflarının Türk vatandaşı veya yabancı olması, ilke olarak, rol oynamaz.³⁰ Bununla birlikte, aşağıda daha ayrıntılı olarak görüleceği üzere, Türk vatandaşlığına bağlı olarak da, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tesis edilebilmektedir (MÖHUK, m 28). Bu özel yetki tesisinin amacı, kişi hallerine ilişkin olaylarda Türk vatandaşları için daima yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmasını sağlamaktır.³¹ Diğer taraftan,

²⁷ Bkz., Yargıtay’ın 16.03.1932 günlü ve 18/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı.

²⁸ “Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler” (MK, m. 186/1).

²⁹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararda, yedi yıldır Türkiye’de oturan ... uyruklu Büyükelçinin davalı eşi ile altı aydan beri birlikte oturdukları Sarıyer Mahkemesi’nde işin esası hakkında kendi milli kanunları uygulanmak üzere açtığı boşanma davasının yetki yönünden reddinin kanuna aykırı olduğunu hüküm altına almıştır (bkz., Yargıtay 2. HD, 03.06.1985, E. 1985/5145, K. 1985/5390; YKD, Cilt 12, S. 1, Ocak 1986, s. 32-34; karar için ayrıca bkz., Ruhi, 2003b, s. 233-234). Ayrıca Yargıtay 2. HD, 27.05.1998, E. 1998/4842, K. 1998/6521 sayılı kararı için bkz., Ruhi, 2003b, s. 250-251; Gençcan, 2000, s. 1342-1343.

³⁰ Bkz., Nomer, 2002, s. 365.

³¹ Bkz., E. Nomer (1983), “Türklerin Kişi Hallerine İlişkin İhtilafları ve Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Sayı. 1, Yıl. 3, s. 12; Nomer, 2002, s. 365.

yabancı uyruklu karı-kocanın Türk mahkemelerinde boşanma davası açabileceği uygulamada da kabul edilmektedir.³²

1.2 Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Yetkili Mahkeme

Az yukarıda vurgulandığı üzere, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin eden yer itibariyle yetki kurallarında tarafların vatandaşlığı, ilke olarak, rol oynamaz. Zira, MÖHUK'un 27. maddesi, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına bağlamış ve iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları da vatandaşlığı bir kriter olarak benimsememiştir.

Ancak, Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen MÖHUK'un 28. maddesi ise, tam tersine vatandaşlık esasını baz almıştır. Tabiiyetin milletlerarası yetki esası olarak kabul edilmesinin isabetli bir çözüm olmadığı doktrinde haklı olarak vurgulanmıştır.³³ Böyle bir çözümde, yetki, uyuşmazlığın unsurları bakımından objektif bir şekilde irtibat halinde olduğu yere göre değil, hukuki olmaktan çok siyasi bir mahiyet arz eden sübjektif bir tercihe göre tayin edilmektedir.

28. maddeye göre, *“Türkiye’de ikametgahı bulunmayan Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davaları, ikamet ettikleri ülke mahkemesinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye’de yer itibariyle yetkili mahkemede, bulunmaması halinde ilgilinin sakin olduğu yer, Türkiye’de sakin değilse Türkiye’deki son ikametgahı mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir Mahkemelerinden birinde görülür.”*

1.2.1 Madde 28’deki Yetki Kuralının Mahiyeti

Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen 28. madde, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarıyla bağlı olmaksızın, milletlerarası yetkili bir Türk mahkemesinin *“daima”* hazır bulundurulması amacını gütmüştür.³⁴ O kadar ki, Türk vatan-dışı eşlerin yabancı bir mahkemeden boşanma kararı almış olmalarına rağmen, bu kararı tanınma ve tenfiz amacıyla Türk mahkemelerine gö-

³² Bkz., 27 nolu dipnottaki Yargıtay kararı.

³³ Bkz., Sakmar, 1976, s. 28; Ekşi, 2000, s. 164.

³⁴ Bkz., Nomer, 1983, s. 12; Nomer, 2002, s. 365. 28. maddenin diğer bir amacının veya gördüğü fonksiyonunun aynı zamanda yabancı mahkemeye yetki vermek olduğu da ileri sürülebilir.

türmeyerek, Türkiye’de 28. maddeye dayanarak yeniden boşanma davası açmaları mümkün görülmüştür.³⁵

MÖHUK’un 28. maddesi Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi konusunda tamamlayıcı (tali) nitelikte bir yetki kuralı koymaktadır. MÖHUK’un 28. maddesi HUMK’un yürürlükten kaldırılan 18. maddesinin yerine geçmek üzere getirilmiş olan bir düzenlemedir.³⁶ HUMK’un mülga 18. maddesi, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarda, sadece Türk mahkemelerinin yetkili olduğu biçiminde anlaşılıp, uygulanıyordu.³⁷ Bu yüzden, eskiden yurt dışındaki Türk vatandaşları isim tashihi, boşanma vb. tüm kişisel davalar için Türkiye’de dava açmak zorunda kalıyorlardı.

MÖHUK’un 28. maddesinin Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi konusunda getirmiş olduğu esaslar HUMK’un 18. maddesinden çok farklı olmamakla birlikte, 28. madde yabancı ülkelerde bulunan ve Türkiye’de ikametgahları bulunmayan Türk vatandaşlarının buldukları ülkede dava açmalarına imkan tanımakta ve Türklerin kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olmadıklarını ifade etmektedir. Böylece, yabancı ülkede ikametgah sahibi olan Türk vatandaşları, kişi hallerine ilişkin davalarını ve bu kapsamda boşanma davalarını, isterlerse yabancı hukuk mahkemelerinde, isterlerse Türk mahkemelerinde açabilmektedirler.³⁸

28. maddedeki ek yetki kuralının uygulanabilmesi için, her iki tarafın da Türk vatandaşı olması gerekli değildir. Sadece taraflardan biri Türk

³⁵ “... Eşlerin yurtdışında yabancı bir mahkemeden boşanma kararı almış olmalarına rağmen söz konusu ilamın tenfizi için mahkemeye başvurmayıp (2675 sayılı Kanun m. 28) Türkiye’de ayrıca boşanma davası açmalarını yasaklayan hukuki bir engel yoktur. O halde açılan dava hukukça geçerli bir davadır. Onun için mahkemenin aksine beliren görüşü yerinde değildir”. Bkz., Yargıtay 2. HD, 14.01.1986, E. 1985/11103, K. 1986/97; YKD, Cilt 12, Sayı 12, Aralık 1986, s. 1764-1765; karar için ayrıca bkz., Ruhi, 2003b, s. 252; aynı yönde bkz., Nömer, 2002, s. 365-366.

³⁶ HUMK’un mülga 18. maddesi şu şekildedir: “Türkiye’de ikametgahı bulunmayan Türk tebaası Türkiye’de sakin değilse ahkam-ı şahsiye noktasından Türkiye’de son ikametgahı mahkemesine ve bulunmadığı halde Ankara mahkemesine tabidir.” HUMK’un 18. maddesinin getirmiş olduğu düzenleme ve uygulanması sırasında ortaya çıkan sorunlarla, yürürlükten kaldırılmasına ilişkin sebepler hakkında bkz., Ekşi, 2000, s. 8-10; MÖHUK m. 28 ile getirilen düzenlemenin de getirilmek istenen esasî net bir şekilde açıklamaktan uzak olduğu konusunda bkz., A. Çelikel, (1997) *Milletlerarası Özel Hukuk: Genel Kurallar-Milletlerarası Özel Hukuk-Milletlerarası Usul Hukuku*, İstanbul: Beta, s. 305.

³⁷ HUMK’un mülga 18. maddesinin uygulanması konusunda bkz., Sakmar, 1976, s. 226-231; R. Aybay/E. Dardağan (2001) *Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, İstanbul: Aybay Yayınları, Yayın No. 37, Hukuk Dizisi. 20, s. 52, 13. dipnot.

³⁸ Aynı yönde bkz., Aybay/Dardağan, 2001, s. 52.

vatandaşı olsa dahi, dava Türk vatandaşının kişi hallerine ilişkin olduğu takdirde, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi daima tesis edilmiş olur. Şahsi statüsünün değişmesi söz konusu olan tarafın davalı veya davacı Türk vatandaşı olması yeterlidir. 28. maddeye göre Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin doğabilmesi için, taraflardan birinin dava ikamesi sırasında Türk vatandaşlığına sahip olması yeterli olup, dava sırasında ilgilinin Türk vatandaşlığını kaybetmesi bir kez kazanılmış olan milletlerarası yetkiye herhangi bir etki yapmaz.³⁹

Türk vatandaşı olma koşulu Türk hukukuna yani Türk Vatandaşlık Kanunu hükümlerine göre belirlenir. 28. madde hükmü çerçevesinde, tabiiyetsizler ile mülteciler Türk vatandaşları ile aynı durumda değerlendirilmezler. 28. madde sadece Türk vatandaşlığına sahip kişiler için uygulanır.⁴⁰

Doktrinde aksine görüş olmakla birlikte,⁴¹ 28. maddenin uygulanabilmesi için söz konusu uyuşmazlığın herhangi bir şekilde yabancılik unsuru taşıması gereklidir. Gerek MÖHUK'un 1. maddesinde yer alan işbu kanunun yabancılik unsuru taşıyan işlem ve ilişkilerde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenlediği şeklindeki hükmü, gerekse 28. maddenin metninin kaleme alınış tarzı farklı bir yorumlamaya izin vermemektedir.⁴² Böylece, kişi hallerine ilişkin ihtilaf, iki Türk arasında olsa bile, bunların ikametgahlarının yabancı ülkede olması taraflar arasındaki ilişkiye yabancılik unsuru kazandırmaktadır.

1.2.2 Madde 28'in Uygulanma Koşulları

Madde 28'deki yetki esaslarının uygulanabilmesi için dava konusunun bazı özellikleri taşıması gerekmektedir.⁴³ İlk olarak, davanın, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin olması gerekir. Davanın kişi hallerine ilişkin olup olmadığına ilişkin vasıflandırmayı Türk hakimi kendi hukukuna göre yapacaktır. Kişi hallerinden maksat kişinin şahsi statüsünü ortaya koyan durumlardır.⁴⁴ Kişi hallerine, şahsın hal ve ehliyetini belirleyen şahsın hukuku ve aile hukuku meseleleri girer. Özellikle kişinin ehliyeti, evlilik

³⁹ Bkz., Nomer, 2002, s. 366-367.

⁴⁰ Bkz., Nomer, 2002, s. 367.

⁴¹ Nomer'e göre, "28. madde hükmünün bir özelliği de, hem sadece bir Türk vatandaşını ilgilendiren yabancılik unsuruna sahip olmayan olaylar için, hem de taraflardan birinin yabancı olduğu olaylar için uygulanmasıdır". Bkz., Nomer, 2002, s. 366.

⁴² Bkz., Ekşi, 2000, s. 154.

⁴³ Bkz., Ekşi, 2000, s. 152-157.

⁴⁴ Kişi hallerinden ne anlaşılması gerektiği konusunda bkz., Aybay/Dardağan, 2001, s. 51; Nomer, 2002, s. 366; Kuru/Arslan/Yılmaz, 2003, s. 171, 82. dipnot.

ve boşanma, nesep ve velayet konularına ilişkin davalar kişi halleri kapsamında değerlendirilir.⁴⁵

28. maddenin uygulanabilmesi için, ayrıca, ilgili Türk vatandaşının Türkiye’de ikametgahının bulunmaması gerekir. 28. madde hükmünün konuluş sebebi “Türkiye’de ikametgahu bulunmayan Türk vatandaşları” için yetkili bir Türk mahkemesi belirlemektir.⁴⁶ Türkiye’de ikametgahu bulunanlar için milletlerarası yetkili bir Türk mahkemesi genel prensibe göre zaten mevcut (MÖHUK, m. 27; HUMK, m. 9) olacağından, 28. maddenin uygulanmasına gerek kalmayacaktır.⁴⁷

28. madde ayrıca Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarının “ikamet ettikleri ülke” mahkemesinde açılmamış veya açılmamış olmasını şart koşmaktadır. Türk vatandaşının bulunduğu yabancı ülkede dava açmaması, bazı hallerde kendi iradesine bağlı iken, bazı durumlarda ise bulunduğu yabancı ülke kanunlarının yabancıların kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklarda kendi ülke mahkemelerini yetkisiz görmelerinden kaynaklanabilmektedir.⁴⁸

Bu maddede yer alan ikamet etme kavramını, teknik anlamda ikametgah olarak yorumlamamak ve Türk vatandaşının oturduğu, sakin olduğu yeri ifade ettiğini kabul etmek gerekir.⁴⁹ Oturma ya da ikamet etme kavramının maddi bir olgu olduğu ve ikametgahın ise hukuki bir kavram olduğu dikkate alındığında, buradaki ikamet etme kavramı (hukuki) ikametgah anlamında kullanılmış olsaydı, Türk vatandaşının bulunduğu ülkede ikametgahının olup olmadığının bu ülke hukukuna göre tayini gerekecekti.⁵⁰ Halbuki, 28. maddenin uygulanması açısından, yabancı ülkede oturma yeterli olduğu için, (fiili) oturmaya ilişkin maddi olayların tespit edilmesiyle yetinilebilecektir.

⁴⁵ Şahsın hukuku ve aile hukukunda düzenlenmiş olmakla beraber, niteliği bakımından kişinin şahsi statüsünü belirlemeyen ihtilaflar kişi hallerine dahil değildir. Bu yüzden, kişi hallerinden kaynaklanmış olsalar bile, maddi ve manevi tazminat davaları, evlilikte mal rejimine ilişkin davalar ve nafaka davaları kişi hallerine ilişkin davalardan değildir. Bkz., Nomer, 2002, s. 366.

⁴⁶ Bkz., Nomer, 1983, s. 13.

⁴⁷ Bkz., Ekşi, 2000, s. 152 ve aynı sayfada 589 nolu dipnotta geçen Yargıtay kararları (2. HD, E. 10331 / K. 11219, 13.11.1992: XIX (1993) 8 YKD, s. 1162-1163; (1993) 392 *İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi (İKİD)*, s. 9722).

⁴⁸ Bir Yargıtay kararında da bu hususa açıklık getirilmektedir: 2. HD, E. 11103 / K. 97, 14.01.1986: XII (1986) 12 YKD, s. 1764-1765; N. Yalçınkaya/Şakir Kaleli, (1988), *Yeni Boşanma Hukuku*, II. C, Ankara, Karar No. 1440, s. 2020-2021’den aktaran Ekşi, 2000, s. 152-153.

⁴⁹ Bkz., Nomer, 1983, s. 13; Ekşi, 2000, s. 157.

⁵⁰ Bkz., Ekşi, 2000, s. 157.

Ancak, Türk vatandaşının ikamet ettiği ülkede açılacak bir davadan söz edilmesinden hareketle, ilgili Türk vatandaşının ikamet etmediği (oturmadiğı, sakin bulunmadığı) ülke mahkemeleri karşısında Türk mahkemelelerinin münhasır bir yetkiye sahip oldukları sonucuna varılamaz.⁵¹ 28. madde hükmü, ancak ikamet edilen yerde açılan bir davanın Türk mahkemesinde derdestlik itirazına konu olabileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla, bir Türk vatandaşı ikamet ettiği ülke dışında diğer bir yabancı ülkede kişi haline ilişkin bir dava açarsa, Türk mahkemesinde bu davaya dayanılarak derdestlik itirazı yapılamayacaktır.⁵² İkamet edilen ülke mahkemesinden daha başka bir anlam çıkarmak mümkün değildir.

Türk vatandaşının ikamet ettiği yabancı ülkede bir dava ikame edilmiş ise, Türk mahkemesinde açılacak aynı konulu dava bir “*milletlerarası derdestlik*” itirazı ile karşılaşılabilecektir.⁵³ Milletlerarası derdestlik konusu iki açıdan önemlidir.⁵⁴ Birincisi, yabancı ülkede açılmış bir dava sebebiyle ortaya çıkan milletlerarası derdestlik itirazı Türk mahkemeleri önünde açılacak davada bir ilk itiraz olarak ileri sürülebilecektir (HUMK, m. 187/4).

İkincisi, böyle bir derdestlik itirazı tanınmış olmakla, 28. madde, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin ihtilaflarda yabancı ülke mahkemelerine başvurabileceklerini açıkça kabul etmiş olmaktadır.⁵⁵ Aslında, böyle bir dava sonucu alınan yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tanınması ve tenfizi de mümkündür (MÖHUK, m. 38 ve m. 42/I).⁵⁶ Böylece, 28. maddenin hükmü Türklerin kişi hallerine ilişkin ihtilaflarda münhasır bir yetki kaidesi getirmiş olmamaktadır.

Nihayet, 28. maddedeki yeki kuralı tamamlayıcı (tali) nitelikte olduğundan uygulamada, Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda, Türkiye’de yer itibarıyla yetkili bir mahkemenin bulunmaması halinde devreye girecektir.

⁵¹ Bkz., Nomer, 1983, s. 13.

⁵² Bkz., Tiryakioğlu, 1996, s. 45.

⁵³ Bir davanın derdest olabilmesi için her iki davanın tarafları, konuları ve dava sebeplerinin aynı olması gerekir: ayrıntılı bilgi için bkz., Kuru/Arslan/Yılmaz, 2003, § 56, s. 691-694 ve s. 64, s. 789-804; Üstündağ, 1997, s. 696-715.

⁵⁴ Bkz., Nomer, 1983, s. 13.

⁵⁵ Türk vatandaşının boşanma konusunda Türk mahkemesi yanında yabancı mahkemede de dava açabileceği uygulamada da kabul edilmektedir. Bkz., Yargıtay 2. HD, 11.11.1997, E. 1997/8719, K. 1997/12159; A. Çelikel/E. Nomer (2001) *Devletler Hususi Hukuku: Örnek Olaylar - Mahkeme Kararları*, 7. Baskı, İstanbul: Beta, s. 486-488; Ruhi, 2003b, s. 253-254.

⁵⁶ Yabancı boşanma kararlarının tanınma ve tenfizi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Tiryakioğlu, 1996.

1.3 Yetkili Mahkemenin Tayininde İkametgahın (Yerleşim Yerinin) Tespiti

Yabancı unsurlu boşanma davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin ederken, duruma göre, hem yabancıların, hem de Türk vatandaşlarının ikametgahlarının (yerleşim yerlerinin) tayini gerekmektedir. Yetkili kanunun tayininde olduğu gibi, yetkili mahkemenin tayininde de ikametgah (yerleşim yeri) kavramı önemli bir yere sahiptir. İç hukukta, özellikle kişi hallerine ilişkin davalarda, yetkili mahkemeyi belirleyici esas olarak genellikle ikametgah kullanılmıştır.⁵⁷ Tabiiyetten hareketle mahkemelerin milletlerarası yetkisinin tayini istisna olup, ikametgah esasına göre yargı yetkisinin tayini temel bir prensiptir. Milletlerarası yetkinin tayininde tabiiyetin asli bir kriter olarak benimsenmesi, milletlerarası eğilimlere ve yargılama hukukunun özelliklerine aykırı düşer.⁵⁸

Yetkili mahkemenin tayini açısından önem arz eden ikametgah (yerleşim yeri) kavramının genel kabul görmüş bir tanımını yapmak zordur. İkametgah kavramı hukuktan hukuka ve aynı hukuk sistemi içinde de kullanıldığı alan ve disipline göre farklı tanım ve içeriklere sahiptir.⁵⁹ İkametgah esasının yabancılık unsuru taşıyan davalarda uygulanması iç hukuka nazaran milletlerarası yetkinin tayininde bazı farklı özellikler taşımaktadır. Devletler özel hukukunda ikametgahın hangi hukuk düzenine göre vasıflandırılacağı hem uygulanacak hukukun, hem de milletlerarası yetkinin tespiti açısından önemli olmaktadır.

Kanunlar ihtilafı kurallarında bağlama noktasının yorumunda olduğu gibi⁶⁰, milletlerarası yetkinin tayininde de, ikametgah kavramının anlamı *lex fori* olarak Türk hukukuna göre belirlenir.⁶¹ Diğer bir ifadeyle, ikametgah kavramının hangi anlamda kullanıldığı davaya bakan mahkemenin hukukuna göre tayin edilir. Türk mahkemelerinin yer itibarıyla yetkisini doğuracak ikametgah, yabancı uyruklu bir kişinin ikametgahı olduğu zaman, bunun da Türk hukukuna göre tayin edilmesi gerekir.⁶² Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi konusunda iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları geçerli olacağından, milletlerarası yetki açısından ikametgahın (yerleşim yerinin) tespiti de MK'daki kurallara göre belirlenecektir.

⁵⁷ Yeni MK, m. 32, 160, 168, 411, 430. İstisnai bazı durumlarda ise nüfus sicilinin bulunduğu yer esas alınmıştır (MK, m. 32/II).

⁵⁸ Ayrıntılar için bkz., E. Göger (1969) "Devletler Hususi Hukuku Yönünden İkametgah", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFĐ)*, C. 26, Yıl. 1969, s. 240-244.

⁵⁹ İkametgah kavramı vergi kanunlarında, kambiyo mevzuatında, vatandaşlık hukukunda, seçim kanunlarında Medeni Kanun'dakinden farklı anlamları taşıyabilmektedir. Bkz., Göger, 1969, s. 245.

⁶⁰ Bkz., Nomer, 2002, s. 100 vd.

⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., Nomer, 2002, s. 320-328.

⁶² Bkz., Sakmar, 1976, s. 72.

1.3.1 Medeni Kanunda İkametgah (Yerleşim Yeri)

Daha önce vurgulandığı üzere, yabancılık unsuru taşıyan davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre belirlenmektedir (MÖHUK, m. 27). Bu açıdan, MÖHUK'un 27. maddesi iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına yollamada bulunduğu ve HUMK'un 9. maddesi ise yer itibariyle yetki kurallarında kullanılan ikametgahın MK'ya göre yorumlanacağını ifade ettiğinden, MK'daki ikametgah tanımının esas alınması gerekecektir.⁶³ 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı yeni Medeni Kanun ise ikametgah kavramı yerine yerleşim yeri kavramını kullandığından, MK'daki yerleşim yeri tanımının dikkate alınması gerekecektir.

Bu sebepten, yabancı unsurlu boşanma davalarında mahkemelerin milletlerarası yetkisini tespit ederken de, ilgilinin ikametgahının (yerleşim yerinin) Medeni Kanun hükümlerine göre tespit edilmesi gerekir. İkametgahın (yerleşim yerinin) nasıl belirleneceği konusu ise Türk Medeni Kanunu'nun 19, 20, 21 ve 22. maddelerinde düzenlenmiştir. Medeni Kanun'a göre, "yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer" olup "bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz." (m. 19/1-2).⁶⁴

19. maddenin eski metninde "yerleşme niyetiyle oturuşan yer" ibaresi bulunmaktaydı. Yeni metindeki "sürekli kalma niyetiyle oturuşan yer" ifadesi, eski metindeki "yerleşme niyetiyle oturuşan yer" ifadesinden farklı bir çağrışım yapmaktadır.⁶⁵ "Sürekli kalma niyeti", "yerleşmek niyeti" ne nazaran ikametgahın daha kolay bir şekilde tesisine müsait bir hüküm gibi gözükmektedir. Yine bu hükümden hareketle, oturma fiilinin ikametgahın objektif, sürekli kalma niyetinin ise sübjektif unsurunu oluşturduğu ifade edilebilir.⁶⁶ Yeni Kanun'un metni prensipte yerleşim yerinin belirlenmesinde bu iki unsuru muhafaza etmektedir. Ancak, eskiden olduğu gibi, ikametgahın (yerleşim yerinin) manevi unsurunu teşkil eden sürekli kalma niyetinin tespiti, oturma fiilinin tespiti kadar kolay değildir.

Yabancıların Türkiye'de ikametgah tesis etmeleri sürekli kalma niyeti ve fiili oturma şartına bağlıdır. İkametgahın maddi unsurunu teşkil eden

⁶³ Bkz., Çelikel, 1997, s. 293; Ekşi, 2000, s. 84; Nomer, 2002, s. 361.

⁶⁴ Eski Medeni Kanun'un 19. maddesi şu şekildedir: Bir kimsenin ikametgahı, yerleşmek niyetiyle oturduğu yerdir.

Bir kimsenin aynı zamanda birden ziyade ikametgahı olamaz.

Bu fıkranın hükmü, ticari ve sınai müesseseler hakkında cari değildir".

⁶⁵ "Sürekli kalmak" ile "yerleşmek" fiillerinin aynı ifadeymiş gibi algılandıklarını gösteren bir anlatım için bkz., Kuru/Arslan/Yılmaz, 2003, s. 167.

⁶⁶ Eski Medeni Kanun çerçevesinde de benzeri bir değerlendirme yapılmaktaydı: Bkz., Çelikel, 1997, s. 293; Ekşi, 2000, s. 84.

oturma fiilinin yabancılar açısından varlığını kabul edebilmek için, yabancıların ikamet tezkeresi almış olmaları gerekir. Ancak, yabancıların Türk makamlarından ikamet izni almış olması, tek başına, Türkiye’de ikametgah sahibi olduğu şeklinde yorumlanamaz.⁶⁷ İkamet tezkeresinin alınması sadece yabancıların Türkiye’de yasal bir şekilde oturduğunu gösteren bir idari işlem olup yabancıların Türkiye’de ikametgah sahibi olduğuna karine teşkil etmez.⁶⁸

MK m. 20 ise şu şekildedir:

“Bir yerleşim yerinin değiştirilmesi yenisinin edinilmesine bağlıdır.

Önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı halde Türkiye’de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş olan kimsenin halen oturduğu yer, yerleşim yeri sayılır.”

20. maddenin 2. fıkrasının nasıl yorumlanması gerektiği konusu doktrinde ihtilafli bulunmaktadır.⁶⁹ Bir görüş, Türk mahkemelerinin yer itibarıyla yetkisinin yabancılar açısından Türkiye ile gerçek bir bağlantı sağlamayan MK 20/2 uyarınca doğmuş olacağının kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir.⁷⁰ Ancak, diğer bir görüş ise, haklı olarak, HUMK’ta yer alan “MK uyarınca ikametgah” ibaresinin, yalnızca m. 19 anlamında dar değil, aynı zamanda m. 20/2’yi kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiğini vurgulamaktadır.⁷¹ Bu yüzden, önceki ikametgahı (yerleşim yeri) belli olmayan veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini terk ettiği halde henüz Türkiye’de bir yerleşim yeri edinmemiş olan kimselerin (çoğunlukla yabancı) halen oturdukları yerin yerleşim yeri (ikametgah) olarak kabul edilmesi gerekir.

Diğer taraftan, HUMK’a göre, “davalının Türkiye’de ikametgahı olmadığı takdirde, dava davalının Türkiye’de son defa oturduğu yer mahkemesinde bakılır” (m. 9/1-2.c). Bu sebeple, literatürde de ifade edildiği üzere, HUMK m. 9/1-2.c’ye göre Türkiye’de son defa oturulan yer mahkemesinde dava açılması mümkün iken, MK 20/2 hükmüne göre halen oturulan yer mahkemesinde dava açılmasının engellenmesi hukuk mantığı ile bağdaşmaz.⁷²

Önceki Medeni Kanun’un 21. maddesinde ise, “kocanın ikametgahı karının ikametgahı addolunur” hükmü mevcuttu. Buna paralel olarak, kadının

⁶⁷ Bkz., Çelikel, 1997, s. 293.

⁶⁸ Bkz., Sakmar, 1976, s. 73.

⁶⁹ Söz konusu bu ihtilaf Medeni Kanun’un önceki metnini esas almakla birlikte, yeni metinde de öze ilişkin bir değişiklik olmadığı için aynı görüş ihtilafının devam ettiği söylenebilir.

⁷⁰ Bkz., Sakmar, 1976, s. 74.

⁷¹ Bkz., Ekşi, 2000, s. 86-87.

⁷² Ekşi, 2000, s. 87.

açacağı boşanma davasındaki yetkili mahkemenin kocanın ikametgahı mahkemesi olduğu uygulamada benimsenmişti.⁷³ Yeni Medeni Kanun konuya kadın-erkek eşitliği yönünden açıklık getirmiştir: “Boşanma veya ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir.” (MK m. 168 (eski 136.))

1.3.2 Yargıtay’ın İkametgah Anlayışı

Mahkemelerimiz yabancılar için Türkiye’de bir ikametgahın varlığını kolayca kabul etmemektedir. Yargıtay’a göre, bir kimsenin geçici olarak bir yerde oturması oranın ikametgah olduğunu göstermeyip, yabancıların geçici ikamet izni almış olmaları da ikametgah için yeterli sayılamaz.⁷⁴ Bu yüzden, uygulamada yabancılar arasındaki boşanma davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi eşlerin davadan evvel son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer esasına göre gerçekleşmektedir.⁷⁵

Yargıtay, Türk vatandaşlarının yurda dönme düşüncesinden hareketle, bunların nüfusa tescil edildikleri yerlerin onların ikametgahı olduğunu kabul etmektedir. Her Türk vatandaşının Türkiye’de tescil edildiği bir yer olduğuna göre, ikametgah esasına göre mahkemelerimizin yetkisi daima gerçekleşecektir. Diğer taraftan, eğer Türk vatandaşının yabancı ülkede ikametgah sahibi olduğu ispatlanırsa, bu durumda belirli koşullar altında 28. maddenin uygulanması söz konusu olabilecektir.

Yargıtay’a göre, bir kimsenin Türkiye’de nüfus siciline kayıtlı olması onun ikametgahına karine olup, her Türk vatandaşının Türkiye’de bir ikametgahı vardır.⁷⁶ Diğer taraftan, bir Türk vatandaşının nüfus siciline kayıtlı olduğu yerin onun “karine” olarak ikametgahı kabul edilmesi aksinin ispat edilmesine engel değildir. Dolayısıyla, bir Türk vatandaşının, ispat edilebilmesi koşuluyla, Türkiye’de nüfus siciline kayıtlı bulunduğu yerde ikametgah sahibi olmaması, diğer bir ifadeyle yabancı bir ülkede ikametgah sahibi olması mümkündür.⁷⁷ Bu açıdan, 28. maddeyi sadece

⁷³ Bkz., Yargıtay’ın 16.03.1932 günlü ve 18/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı.

⁷⁴ Bkz., Yargıtay 2. HD, 27.05.1998, E.1998/4842, K.1998/6521: karar için bkz., Ruhi, 2003, s. 250-251; Gençcan, 2000, s. 1342-1343.

⁷⁵ Bkz., Ekşi, 2000, s. 115, 450. dipnotta bahsedilen kararlar.

⁷⁶ “Her Türk vatandaşı Türkiye’de ikametgahının veya sonradan ikametgah edindiği yerin nüfus memurluğuna kendisini yazdırmaya ve bir nüfus cüzdanı almaya mecburdur” (Nüfus Kanunu m. 4). Ayrıca, Türkiye Cumhuriyeti nüfus sicili kayıtları ilgilinin Türk vatandaşı olduğuna karine teşkil eder (Türk Vatandaşlık Kanunu, m. 38).

⁷⁷ Bkz., Nomer, 2002, s. 367, 186. dipnot ve orada bahsedilen Yargıtay kararları (2. HD, 06.10.1993, E. 8071/K. 8850; 18.10.1993, E. 8261/K. 9437; 18.03.1998, E. 938/K. 3251: YKD 6/1998, 829).

ikametgahı Türkiye dışında bulunan Türkler için değil, aynı zamanda yurt dışında yaşayan Türk vatandaşları için kabul edilmiş bir hüküm olarak değerlendirilmelidir.⁷⁸ Aksi bir yorum, maddenin uygulamasını fevkalade sınırlı bir hale getirir.

Geçici bir iş veya süre için yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının Türkiye'deki ikametgahlarını koruduklarını kabul etmek gerekir. Uzun süreli olarak yurt dışında bulunan ve Türkiye ile olan ilişkilerini kesen veya zayıflatan kişilerin ise buldukları ülkelerde ikametgah sahibi oldukları söylenebilir.⁷⁹ Ancak, Yargıtay'a göre, tarafların Türkiye'de nüfus siciline kayıtlı olmaları ve ikametgahlarını başka bir yere naklettikleri yönünde herhangi bir delil ortaya konmaması durumunda, davacının yurtdışında çalışmak üzere bulunması ikametgahın nakledildiğini ve Türkiye'de ikametgahlarının bulunmadığını göstermez.⁸⁰ Ayrıca, nüfusa kayıtlı olunan yer karine olarak ikametgah olup, yurt dışındaki mücerret oturma süresi neye ulaşırsa ulaşsın ikametgahın nakledildiği anlamını taşımaz.⁸¹

Diğer taraftan, Yargıtay, ikametgahın subjektif unsuru olan yerleşme niyetinin gerçekleşmesini yabancılar açısından Türk vatandaşlarına oranla daha sıkı koşullara bağlamıştır.⁸² Yargıtay iki Alman vatandaşının açmış olduğu ikametgah tespit davasında, bir yabancıların ticaret amacıyla Türkiye'de mukim bulunmasını, çocuğunu Türk okullarında okutmasını ve bir kolektif şirkete ortak olmasını Türkiye'de ikametgah tesisi için yeterli görmemiştir.⁸³ Yargıtay'a göre, ancak ilgili yabancıların Türk Vatandaşlık Kanunu'na göre vatandaşlığa alınma yönünde girişimlerde bulunması, bu kişinin yerleşme niyetini gösteren bir eylemdir.

Yargıtay'ın bu uygulaması yabancıların Türkiye'de ikametgah sahibi olmalarını neredeyse imkansız kılmaktadır. İkametgahı neredeyse vatandaşlıkla eş bir kavram haline getiren bu uygulama yerinde değildir. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tayininde önemli olan husus, dava konusu veya davanın tarafları ile mahkeme arasında sıkı bir bağlılığın olması ve bu şekilde tabii hakim kuralı esas alınarak uyuşmazlığın karara bağlanmasıdır.⁸⁴ Mahkeme kararları bu görüşü devam ettirdiği sürece,

⁷⁸ Bkz., Çelikel, 1997, s. 305.

⁷⁹ Bkz., Sakmar, 1976, s. 72.

⁸⁰ Yargıtay 2. HD, 28.06.1993, E. 1993/5451, K. 1993/6313; bkz., Ruhi, 2003b, s. 239-240; Çelikel/Nomer, 2001, s. 431-432.

⁸¹ Yargıtay 2. HD, 18.3.1998, E. 1998/938, K. 1998/32521: YKD, C. 24, S. 6, Haziran 1998, s. 828-830; ayrıca bkz., Ruhi, 2003b, s. 246-247.

⁸² Bkz., Ekşi, 2000, s. 165.

⁸³ Bkz., Y 2. HD, E. 1136, K. 1490, T. 21.02.1977: (1982) MHB, s. 35-36; (1977) 193-204 İKİD, s. 5505-5506.

⁸⁴ Bkz., Ekşi, 2000, s. 94.

“actor sequitur forum rei” kuralı daha çok Türk davalılar için uygulanacak, yabancı davalılar için genellikle etkisiz kalacaktır.⁸⁵ Ayrıca, Yargıtay’ın Türk vatandaşlarının ikametgahları konusundaki bu yerleşmiş tutumu, 28. maddenin uygulanma olasılığını da oldukça azaltmış bulunmaktadır.⁸⁶

SONUÇ

Yabancı unsurlu boşanma davalarında ilgilinin ikametgahının (yerleşim yerinin) tespiti Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin belirlenmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Bu husus, hem MÖHUK’un 27. maddesinin iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına yapmış olduğu göndermenin bir sonucu, hem de 28. maddedeki özel yetki kuralının bizatihi kendisinden kaynaklanmaktadır. MÖHUK’un 27. maddesi çerçevesinde, hem yabancıların, hem de Türk vatandaşlarının Türkiye’de ikametgah sahibi olup olmadıklarının tespit edilmesi gerekmektedir. 28. madde çerçevesinde ise, Türk vatandaşlarının Türkiye’de ikametgah sahibi olmadıklarının belirlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

Uygulamada, mahkemelerin ikametgahın tayininde ilgilinin yabancı veya Türk olmasına göre iki farklı yaklaşım benimsediği görülmüştür. Buna göre, yabancı ülkede oturan Türk vatandaşları açısından, mahkemeler, bunların Türkiye’ye dönme düşüncesinden hareketle hemen daima Türkiye’de ikametgahlarını muhafaza ettiklerini kabul etmektedir. Yine aynı mantıkla Türkiye’de oturan yabancıların ise kendi ülkelerinde ikametgaha sahip oldukları farz edilmektedir. Hatta, Yargıtay, daha da ileri giderek, ne oturma izninin, ne uzun süreli oturmanın, ne de ticari faaliyetin, Türk vatandaşlığına geçme talebinde bulunmak suretiyle yerleşme niyetini ortaya koymadığı sürece, yabancı bir şahsın Türkiye’de ikametgahını tesis etme açısından yeterli olmayacağı görüşündedir.

Yabancılar ile Türk vatandaşlarının Türkiye’de ikametgah sahibi olup olmadıklarının tespitinde mahkemelerin benimsemiş olduğu bu çifte standardın yanlış olduğu doktrinde ittifakla kabul edilmektedir.⁸⁷ İkametgahın (yerleşim yerinin) tespitinde nüfus kaydının bulunduğu yerin değil, ilgilinin hayat ilişkilerini yoğunlaştırdığı yerin araştırılması ve ilgilinin sosyal ve ekonomik ilişkilerinin merkezini belirli bir yerde bulunduğunu gösteren maddi olayların dikkate alınması gerekir. Bu bağlamda, Yargıtay’ın ikametgah konusundaki uygulamasının özellikle MK 20/I-II’ye aykırı olduğu

⁸⁵ Bkz., A. Sakmar, (1990), “Le Nouveau Droit International Privé Turc”, 223 IV *Recueil Des Cours*, s. 377 (307-416) (aktaran Ekşi, 2000, s. 94).

⁸⁶ Aynı yönde bkz., Ekşi, 2000, s. 163.

⁸⁷ Bkz., Sakmar, 1976, s. 71; İmre, 1973, s. 217-218; Ekşi, 2000, s. 93-96.

ifade edilmiştir.⁸⁸ Ayrıca, Yargıtay'ın ikametgah konusundaki tutumunun HUMK'un ilgili hükümlerine aykırı olduğu da vurgulanmalıdır.⁸⁹

Mahkemeler ikametgahın tespitinde kolaycılığa kaçmışlar ve ikametgahın belirlenmesinde ilgilinin yerleşmek niyetine yönelik araştırma yapmak yerine, ilgilinin nüfusa kayıtlı olduğu yeri ikametgah açısından kuvvetli bir karine olarak yorumlamışlardır. Nüfusa kayıtlı olunan yerin ikametgah açısından esas alınması bu kavramın mahiyetine de uygun düşmemektedir. Doğum anında nüfusa kayıt işlemi tamamen ilgilinin iradesi dışında yapıldığı için, yerleşme niyetiyle yapıldığı söylenemez. Aynı şekilde, nüfus kaydının sonradan çeşitli sebeplerle başka bir yere alınmış olması halinde de, ilgilinin bu yerde ikamet ettiği sonucu her zaman doğmaz.⁹⁰

Aslında, MK'daki ikametgah tanımının tamamen iç hukuk düşünülerek yapıldığı, devletler özel hukukunun ihtiyaçlarını karşılamadığı ve bu sebeple devletler özel hukukuna özgü bir ikametgah kavramının benimsenmesi gerektiği çok eskiden beri doktrinde savunulmaktadır.⁹¹ Bu görüşe göre, devletler özel hukuku açısından MK anlamındaki ikametgah kavramı için gerekli olan sübjektif unsur aranmamalı ve kişinin bulunduğu toplumla kültürel, ekonomik, kişisel ve politik ilişkiler kurup kurmadığına bakılmalıdır. Kişinin hayatını devam ettirmek amacıyla giriştiği ilişkilerin merkezini oluşturan yer, yani ilgili kişinin mutaden oturduğu (bulunduğu) yer, devletler özel hukuku açısından ikametgah olarak kabul edilmelidir.

Yeni Medeni Kanun'la getirilen ikametgah (yerleşim yeri) tanımı, mahkemelerin daha önce yapmış oldukları ikametgah yorumlarında değişikliğe gitmeleri açısından bir fırsat olarak gözükmektedir. Şöyle ki; önceki Medeni Kanun'un 19. maddesi ikametgahı "*yerleşmek niyetiyle oturuşan yer*" olarak tanımlarken, yeni Medeni Kanun'un yine aynı numaralı maddesi, yerleşim yerini, "*sürekli kalma niyetiyle oturuşan yer*" olarak tanımlamaktadır. Kanımca, "*sürekli kalma niyetiyle oturma*" eylemi "*mutad mesken*" veya "*mutaden bulunulan yer*"⁹² kavramına oldukça yakın bir anlam taşımakta ve bu yönde yorumlanmaya müsait gözükmektedir.

⁸⁸ Bkz., Z. İmre, (1973) "İkametgah Kavramı ve Buna İlişkin Meseleler", İHF 50. Yıl Armağanı, Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul, s. 217-218 (ss. 205-231).

⁸⁹ HUMK'un 9. maddesinde Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenecek ikametgaha göre yetkili mahkeme tespit edildiğinden, Yargıtay'ın ikametgah (yerleşim yeri) konusundaki yorumu, HUMK'un ilgili hükümlerine de aykırılık teşkil edecektir.

⁹⁰ Bkz., Sakmar, 1976, s. 71.

⁹¹ Göger'in devletler özel hukukuna özgü bir ikametgah kavramını öneren görüşleri için bkz., Göger, 1969, s. 245-248.

⁹² "Mutad mesken" veya "mutaden bulunulan yer" kavramı için bkz., Göger, 1969, 245-249; Ekşi, 2000, s. 89-92.

Diğer taraftan, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tespit ederken MÖHUK'un 28. maddesindeki yetki kuralının uygulanması da bazı sorunların doğmasına sebep olmaktadır. Türk mahkemelerinin 28. madde çerçevesinde kendilerini milletlerarası yetkili mahkeme olarak görebilmeleri için ilgili Türk vatandaşının Türkiye'de ikametgah sahibi olmadığına ilişkin bir tespitte bulunmaları gerekmektedir. İlgili Türk vatandaşının Türkiye'de ikametgah sahibi olmadığına ilişkin menfi bir tespitin yapılması ise başka bazı sorunları beraberinde getirmektedir.

Yargıtay'ın konuya yaklaşımı çerçevesinde, bir Türk vatandaşının bi-zatihi yabancı bir ülkede bulunması, oturuyor veya ikamet ediyor olması, ilgilinin Türkiye'de nüfusa kayıtlı olması durumunda, onun söz konusu bu ülkede ikametgah sahibi olduğu sonucunu doğurmayacağına göre, bir Türk hakimi nasıl bu tür maddi olgulara dayanarak bir Türk vatandaşının Türkiye'de ikametgah sahibi olmadığı değerlendirilmesini yapabilecektir? 28. madde çerçevesinde, Türk hakiminin önüne gelen davada milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığına karar verirken, Türk vatandaşının Türkiye'de ikametgahının olmadığına ilişkin menfi bir tespit yapması gerekmektedir. Bunu yaparken de, bu Türk vatandaşının yabancı bir ülkede ikametgah sahibi olup olmadığına ilişkin bir araştırmada bulunması gerekecektir. Türk hakimi, bir Türk vatandaşının Türkiye'de ikametgahı olmadığına ilişkin bir tespiti, ancak bu Türk vatandaşının başka bir ülkede ikametgah sahibi olduğuna ilişkin bir veriye dayandırarak yapabilir. Türk hakimi bu değerlendirilmeyi yaparken Türk hukukunun (MK) ikametgahı düzenleyen hükümlerini mi esas alacaktır? Diğer bir ifadeyle, Türk vatandaşının, örneğin Almanya'da ikametgah sahibi olup olmadığını Türk Medeni Kanunu'nun hükümlerine göre mi belirleyecektir? Yoksa kanunlar ihtilafı alanında olduğu gibi, ikametgahı söz konusu olan yabancı devletin hukukuna göre mi tespit edecektir?⁹³

⁹³ AB hukukunda özel hukukta adli işbirliği alanında hükümler içeren Brüksel (I) Tüzüğü, üye devletler arasında mahkemelerin milletlerarası yetkisi ile ilgili benzer bir sorunu şu şekilde çözmüştür: Brüksel Sözleşmesi, bir taraftan üye devletlerde genel yetki kuralı olarak davalının ikametgahının esas alınacağını bildirirken (m. 2), diğer taraftan ikametgahın nasıl tespit edileceğine ilişkin bir hüküm de içermektedir (m. 59). Bu maddeye göre, "İlgilinin davaya bakan mahkemenin bulunduğu yerde ikametgah sahibi olup olmadığını belirlemek için mahkeme kendi hukukunu uygular. Eğer ilgili davaya bakan mahkemenin bulunduğu üye devlette ikametgah sahibi değilse, bu takdirde diğer bir üye devlette ikametgah sahibi olup olmadığını, mahkeme, diğer üye devletin hukukunu uygulayarak tespit edecektir."; bkz., "Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Brüksel Tüzüğü (1 Mart 2002 tarihinde 1968 tarihli Brüksel Sözleşmesi'nin yerine yürürlüğe girmiştir (44/2001 sayılı Konsey Tüzüğü için bkz., OJ [2001] L 12/1).

Yargıtay'ın Türk vatandaşının nüfus kütüğüne kayıtlı olduğu yerin ikametgah sayılacağı yönündeki kararları çerçevesinde, 28. maddenin uygulama kabiliyetini kaybettiği söylenebilir. 28. maddenin Türk vatandaşlarının kişi halleriyle ilgili davalarda yabancı mahkemelerin de yetkili olduğunu teyit etme fonksiyonunun ötesinde, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisi amacıyla kullanılması her halükarda problemli gözükmektedir.

KAYNAKÇA

- AYBAY, R & E. Dardağan (2001) *Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması* (Kanunlar İhtilafı), İstanbul, Aybay Yayınları, Yayın No. 37, Hukuk Dizisi. 20.
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı (Dış İlişkiler ve Yurtdışı İşçi Hizmetleri Genel Müdürlüğü) (2002) *2000-2001 Raporu: Yurtdışındaki Vatandaşlarımıza İlişkin Gelişme ve Sayısal Bilgiler*, Yayın No. 110.
- ÇELİKEL, A. (1997) *Milletlerarası Özel Hukuk: Genel Kurallar-Milletlerarası Özel Hukuk-Milletlerarası Usûl Hukuku*, İstanbul, Beta.
- ÇELİKEL, A. & E. Nomer (2001) *Devletler Hususi Hukuku: Örnek Olaylar - Mahkeme Kararları*, 7. Baskı, İstanbul, Beta.
- EKŞİ, N. (2000) *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, İstanbul, Beta.
- GENÇCAN, Ö.U. (2000) *Öğreti ve Uygulamada Boşanma, Tazminat-Nafaka, Bilimsel Açıklama, İçtihatlar ve İlgili Mevzuat*, Ankara.
- GÖĞER, E. (1969) "Devletler Hususi Hukuku Yönünden İkametgah", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)* C. 26, Yıl. 1969, s. 237-252.
- GÜRZUMAR, A. (1994) "Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB)* Yıl. 14, Sayı. 1-2, s. 21-54.
- İMRE, Z. (1973) "İkametgah Kavramı ve Buna İlişkin Meseleler", *İHF 50. Yıl Armağanı Cumhuriyet Döneminde Hukuk*, İstanbul, s. 205-231.
- KURU, B. & R. Arslan & E. Yılmaz (2003) *Medeni Usûl Hukuku*, Ders Kitabı, Ankara (Genişletilmiş 14. Bası) Ankara, Yetkin Yayınları.
- NOMER, E. (1983), "Türklerin Kişi Hallerine İlişkin İhtilafları ve Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB)* Sayı. 1, Yıl. 3, s. 11-14.

- NOMER, E. (2002) *Devletler Hususi Hukuku: Genel Prensipler-Uygulama-Milletlerarası Usûl Hukuku-Yabancı Kararların Tanınması ve Tenfizi*, (11. Bası), İstanbul, Beta.
- RUHİ, A. C. (2003a) *Boşanma İle İlgili Yabancı Mahkeme İlamlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi*, Ankara, Seçkin.
- RUHİ, A. C. (2003b) *Gerekçeli-Açıklamalı-Yargıtay İçtihatlı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun*, Ankara: Seçkin.
- TİRYAKİOĞLU, B. (1996) *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi*, Ankara.
- SAKMAR, A. (1976) *Devletler Hususi Hukukunda Boşanma*, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No. 2163, Hukuk Fakültesi No. 480, İstanbul, Fakülteler Matbaası.
- SAKMAR, A. (1990) “Le Nouveau Droit International Privé Turc”, 223 IV *Recueil Des Cours*.
- ÜSTÜNDAĞ, S. (1997) *Medeni Yargılama Hukuku*, Cilt I-II, (Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 6. bası) İstanbul, Alfa Yayınları.
- YALÇINKAYA, N. & Ş. Kaleli (1987) *Boşanma Hukuku*, Cilt II, Ankara.
- YALÇINKAYA, N. & Ş. Kaleli (1988) *Yeni Boşanma Hukuku*, II. C, Ankara.



On Yıl Vadeli TL Konut Kredisi

SATILDI
SATILDI
EV

**Kiralamayın,
satin alın.**

VakıfBank'tan 10 yıl vadeli TL konut kredisi alın,
kira ödemekten kurtulun, kendi evinizin sahibi olun.

www.vakifbank.com.tr

444 0 724

VakıfBank

AVRUPA BİRLİĞİ'NDEKİ VERGİ UYUM ÇALIŞMALARI VE TÜRKİYE

Av. Hasan ORAL*

ÖNSÖZ

Avrupa Birliği'nin kuruluşundan bu yana temel hedefi, kişilerin, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımını engelleyen unsurların ortadan kaldırılarak ortak bir "Tek Pazar"¹ yaratılması olmuştur. Tek Pazar'ın yanı sıra 2001 yılında belirlenen Lizbon Stratejisi ile daha büyük bir hedef ortaya koymuştur. Bu hedef 2010 yılına kadar Avrupa Birliği'nin dünyada rekabet gücü en yüksek, dinamik bilgi ekonomisi niteliği kazanarak daha iyi istihdam ve büyük bir sosyal uyum içeren sürdürülebilir büyüme elde etmesidir.² Üye devletlerarası farklı vergi sistemlerinin bulunması ve hedeflerin gerçekleştirilmesinin önünde bir ölçüde engel olmaktadır. Diğer yandan, tüm dünyada olduğu gibi, Avrupa Birliği'nde de ülkelerin ulusal egemenlik alanlarından biri durumundaki vergilendirme, ekonomik ve sosyal politikaların uygulama aracı niteliğindedir. Her ülkenin söz konusu politikalarındaki farklılıklar vergi uygulamalarının da farklılaşmasına neden olmaktadır. Bu yüzden vergilendirme alanında üye ülkeler arasında henüz tam bir uyumsallaştırma sağlanamamıştır. Birlik içerisinde malları, hizmetlerin, sermayenin, iş gücünün serbest dolaşımını, serbest ticareti ve rekabeti, ortak tarım, ulaştırma ve dış ticaret politikalarının daha etkili uygulanmasını sağlayacak ölçüde vergi uyumlaşması amaçlanmaktadır.

Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de devletin kamu hizmetlerini yerine getirmesi için vazgeçilmez bir araç olan vergilendirme, aynı za-

* Ankara Barosu üyesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Vergi Hukuku yüksek lisans öğrencisi.

¹ Antlaşmanın çeşitli hükümlerinde geçen Ortak Pazar, İç Pazar, Tek Pazar kavramları arasında nitelik itibarıyla fark yoktur, bkz., Tekinalp/Tekinalp/Atamer/Oder/Okutan, *Avrupa Birliği Hukuku*, İstanbul, 1997 s. 13-14.

² Yard. Uzman Sema Gençay Çapanoğlu, *Avrupa Birliği Vergi Politikası*, İktisadi Kalkınma Vakfı, s. 4.

manda tasarrufu, ekonomik büyümeyi teşvik, gelir dağılımını düzeltme gibi diğer sosyal ve ekonomik amaçlarında aracı olarak kullanılmaktadır. Vergilendirme toplumun tüm kesimlerini doğrudan veya dolaylı olarak etkilemekte ve ilgilendirmektedir.

I. AVRUPA BİRLİĞİ TARİHİNE KISA BİR BAKIŞ

“Avrupa” ismi ilk kez MÖ VII. yy’de, yaşadıkları bölgenin kuzeyindeki, bilmedikleri bölge için Yunanlılar kullandı. O zamandan günümüze Roma İmparatorluğu’ndan, Napolyon’a, Hitler’e kadar birçok Avrupalı lider Avrupa’da bir birliğin sağlanması için uğraştı. Bu uğraşlara Jean Jacques Rousseau, Immanuel Kant, 4. Henry, Mazzini, Victor Hugo, Lamartine gibi düşünürler de katkıda bulundu.

Sanayi devrimi ile birlikte, ulus-devletlerin kendi iç pazarları ürünlerin satılması için yetersiz hale geldi. Bu dönemde siyasi değil, ticari engellerin olmadığı, serbest ticarete dayana ekonomik birlik düşüncesini ortaya atan Adam Smith geniş bir taraftar topladı.

XIX. yy’nin son çeyreğinde belirginleşen Fransız-Alman rekabeti, kıtasal birliğin önündeki en önemli engel oldu. Birinci Dünya Savaşı ise kıtadaki bölünmeyi daha da derinleştirdi. İki savaş arası dönemde, Avrupa’da birlik kurma girişimleri taraftar bulamadı. İtalyan Kalergi’nin 1924’deki “Pan-European Union” ve Fransız devlet adamı Briand’ın 1930’da ortaya attığı “Avrupa Federal Birliği” fikri sonuçsuz kaldı. İkinci Dünya Savaşı ise Avrupa’ya, barbar kavimlerin saldırılarından beri en büyük yıkımı getirdi.

İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra ise;

Gerek siyasi açıdan Almanya ile Fransa arasındaki sorunları kalıcı biçimde çözüme kavuşturma ihtiyacı,

Gerek güvenlik açısından Sovyet tehdidine karşı koyabilecek bir bütünleşme oluşturma ihtiyacı, (Truman Doktrini/Brüksel Antlaşması-NATO)

Gerekse ekonomik açıdan savaş sonrası yıkımı ortadan kaldırarak refahı tesis etme ve yaygınlaştırma, Marshall yardımının etkin biçimde dağıtımının ve kullanılmasının sağlanması ihtiyacı yeniden Avrupa’da bir bütünleşme girişimini gündeme getirdi.

Avrupa’yı bütünleştirme hareketinde iki şey temel alınmıştır:

1. Ekonomi
2. Hukuk

Ekonomide öyle bir bütünlük oluşturulsun ki, ortak çıkarlar maksimize edilsin ki bu devletler bir daha ulusal çıkarlar peşinde koşmasınlar düşüncesiyle bütünleştirme hareketine yön verilmiştir.

Avrupa bütünleşmesinin hukuki temelleri ise üç antlaşma üzerine kurulmuştur:

1. Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'nu kuran Paris Antlaşması (ECSC-1952)

2. Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu kuran Roma Antlaşması (AET-1957)

3. Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'nu kuran Roma Antlaşması (EU-RATOM-1957)

Topluluk hukukunun asli kaynakları ise yukarıda saydığım bu üç antlaşmadan ibaret değildir. Ayrıca;

4. Avrupa Topluluklarında Bazı Ortak Kurumlara İlişkin Konvansiyon-1957

5. Birleşme Antlaşması-1965

6. Birinci Bütçe Antlaşması-1970

7. Katılma Antlaşmaları (Birleşik Krallık, İrlanda, Danimarka-1972)

8. İkinci Bütçe Antlaşması-1975

9. Katılma Antlaşması (Yunanistan-1979)

10. Grönland İle İlgili Olarak Toplulukları Kuran Antlaşmaları Tadil Eden Antlaşma-1985

11. Katılma Antlaşmaları (İspanya, Portekiz-1985)

12. Tek Avrupa Senedi-1986

13. Avrupa Ekonomik Alanı Antlaşması (AET-EFTA-1992)

14. Avrupa Birliği (Maastricht Antlaşması-1992)³

15. Katılım Antlaşmaları (Avusturya, Finlandiya, İsveç-1993)

16. Amsterdam Antlaşması⁴

³ Bkz., Doç. Dr. Nurettin Bilici, *Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri (Genel Bilgiler, İktisadi, Mali Konular, Vergilendirme)*, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2004, s. 37. Maastricht Zirvesi 9-10 Aralık 1991 tarihinde Hollanda'nın aynı isimli şehrinde yapılmıştır. Burada alınan kararlar, Avrupa Birliği Antlaşması (Maastricht Antlaşması) ismi altında 7 Şubat 1992 tarihinde imzalanmıştır. 53 maddeden oluşan Antlaşma'nın yürürlüğe girişi ise 1 Kasım 1993 tarihinde gerçekleşmiştir.

⁴ Bkz., Doç. Dr. Nurettin Bilici, *Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri (Genel Bilgiler, İktisadi, Mali Konular, Vergilendirme)*, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2004, s. 39; 1991 yılından Maastricht Zirvesi'nden sonra, toplulukla ilgili önemli kararların alındığı bir başka zirve, 16-17 Haziran 1997 tarihinde yapılan Amsterdam zirvesidir. Bu zirve sonuçları 2 Ekim 1997 tarihinde yapılan Amsterdam Antlaşması ile yasal hale getirilmiş ve bu Antlaşma 1 Mayıs 1999 tarihinden itibaren yürürlüğe sokulmuştur.

17. Nice Antlaşması⁵

Bu antlaşmalarda yasama yetkisi ve işlemlerinden bahsedilmemesine, ulusal yasama organlarının tepkisini çekmemek amacıyla “*terimler düzenleme yetkisi*” ifadesi kullanılmasına rağmen topluluk kurumlarının çıkarmış olduğu hukuki metinler yasam işlemi niteliğindedir. Topluluk kurumlarının çıkarmış olduğu tali kaynaklardan “*tüzükler, direktifler ve kararlar*” bağlayıcı niteliktedir. Tavsiye ve görüşler ise bağlayıcı değildir.

II. AVRUPA BİRLİĞİ'NİN YAPISI

A. Asli Yapısal Kurumlar

Yasama, yürütme, yargı yetkilerini kullanan, genel düzenleyici işlem yapma, genel karar alabilme, politika belirleyebilme yetkisi olan kurumlardır. Genellikle özerk kurumlardır. AT Antlaşması'nın 7. maddesinde bu kurumlar sayılmıştır.

1. Avrupa Parlamentosu

Yetkileri, görevleri, işleyişi, yapısı, AT Antlaşması'nın 189 - 201. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Parlamento Avrupa Topluluğu halklarının temsilcisi niteliğindedir.

Avrupa Parlamentosu:

Avrupa bütünleşmesine demokratik meşruiyet ve denetim sağlamıştır.

Parlamento diğer kurumlar gibi sınırlı yetki ilkesine tabidir. Yani kurucu antlaşmalarda kendisine verilen yetkileri kullanır.

Siyasi tartışma platformu oluşturur.

Avrupa Birliği'nde hukuki etkiler doğuran kararları alma sürecine katılır.

Avrupa Parlamentosu'nun ayrıca siyasi denetim yetkileri vardır. Bunlar;

Komisyonu'nun atanması ve görevden alınması yetkisi,

Sözlü ve yazılı soru sorma yetkisi,

⁵ Hükümetler arası konferans görüşmelerinin sonuçları, 26 Şubat 2001 tarihinde imzalanan Nice Antlaşması ve ekindeki protokoller ile karara bağlanmıştır. Nis Antlaşması'nın yürürlüğe girmesi, üye ülkeler bazındaki onay sürecinin uzaması yüzünden 1 Şubat 2003 tarihinde gerçekleşebilmiştir. *İBİD*, s. 40.

Dilekçe hakkı,

Soruşturma Komisyonu kurma yetkisi,

Ombudsmanı atama yetkisi,

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı önünde İptal ve Hareketsizlik Davası açma yetkisi.

2. Avrupa Komisyonu

Görevleri, yetkileri, yapısı, işleyişi AT Antlaşması'nın 211 - 219. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Avrupa Komisyonu üyeleri üye devlet vatandaşlarından seçilir. Ancak bu kişiler kendi ülkelerinin çıkarlarını değil, birliğin çıkarlarını gözetirler. Görev süreleri parlamentonun görev süresiyle eş zamanlıdır, beş yıldır.

Komisyon;

Yürütme organı kapasitesi içinde AB politikaları ve düzenlemelerinin uygulanmasını sağlar.

İdari denetim organıdır.

Karar alma sürecini başlatma yetkisi vardır.

Karar yetkisi vardır.

Uluslar arası antlaşmaları (AT'nin taraf olduğu antlaşmaları) müzakere etme yetkisi vardır.

Bütçe ve topluluk fonlarını yönetme yetkisi vardır.

AB faaliyetleri hakkında yıllık genel rapor hazırlama yetkisi vardır.

3. Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi

Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 202-210. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bakanlar Konseyi üye devletlerin bakan düzeyindeki temsilcilerinden oluşur. Bakanlar Konseyi;

Üye devlet menfaatlerinin ifade bulmasını, korunmasını sağlayan organdır.

Nihai karar alma yetkisi vardır.

Karar organlarından biridir.

Ekonomik politikaların koordinasyonunu sağlar.

Düzenleme (tüzük, direktif, karar) yaptığı zaman, almış olduğu kararlara ilişkin olarak komisyona yetki verilebilir.

Uluslararası antlaşmaları imzalama yetkisine sahiptir.

B. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı

AT Antlaşması'nın 220-245. maddeleri arasında görevleri, yapısı, işleyişi düzenlenmiştir. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ortak hukuk düzeninin gerektiği gibi işlemlerini, her yerde aynı algılanıp uygulanmasını sağlar. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın dört işlevi vardır:

- a. Hukuki Denetim İşlevi
- b. Yorum İşlevi
- c. İtilaf Çözme İşlevi
- d. Hukuk Yaratma ve Boşluk Doldurma İşlevi

C. Avrupa Sayıştayı

Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 246-248. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Topluluğun mali danışmanı niteliğindedir.

A. İşlevsel Kurumlar

Avrupa bütünleşmesi çerçevesinde bir takım fonksiyonları yerine getiren, asli kurumlara yardım eden kurumlardır. Genel olarak bağlayıcı karar alma yetkileri yoktur. Bunlar;

- a. Ekonomik Sosyal Komite
- b. Bölgeler Komitesi
- c. Avrupa Yatırım Bankası
- d. Ombudsman
- e. Avrupa Merkez Bankası

III. AVRUPA BİRLİĞİ'NİN VERGİLENDİRME YETKİSİ KAYNAĞI

Roma Antlaşması'nın, Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun kurucu antlaşması denmesinin temel nedeni; Avrupa Topluluğu içinde malların, sermayenin, iş gücünün ve hizmetlerin serbestçe dolaşımını sağlamak için buna engel olan gümrüklerin, yasaklamaların ve kısıtlamaların kaldırılması-

nı öngörmesidir.⁶ Bu Antlaşma'nın 3. maddesinin (a) fıkrasında, üye ülkeler arasındaki gümrük vergi ve resimlerinin ve malların ithal ve ihracındaki miktar kısıtlamalarının ve eş etkili diğer önlemlerin kaldırılması, (b) fıkrasında, üçüncü ülkelere karşı ortak bir gümrük tarifesinin uygulanması ve ortak bir ticaret politikasının kabulü sayılmaktadır. Aynı Antlaşma'nın 9. madde hükmüne göre; Topluluk, üye ülkeler arasındaki ithalat, ihracat vergilerini ve eş etkili diğer resim ve vergileri ortadan kaldırmayan ve üçüncü ülkeler karşısında ortak bir gümrük tarifesinin uygulanmasını gerekli görmüştür.

Avrupa Topluluğu ve Birliği'nin kurucu anlaşması olan 1957 Roma Antlaşması, 1987 Avrupa Tek Senedi ve 1992 Maastricht Antlaşması tarafından değiştirildiği şekliyle, farklı vergi sistemlerinin doğurduğu haksız rekabet ortamlarını, çifte vergilendirmeyi, vergi kaçakçılığını ve vergi uygulamasında millete bağlı ayrımcılığı önlemeye yönelik hükümler içermektedir.⁷

Maastricht Antlaşması'nda, Roma Antlaşması'nın 95, 96, 97, 98, 145 ve 220. maddelerinin metnine aynen sadık kalınırken 99 ve 100. maddeler değiştirilmiştir.

Roma Antlaşması'nın 95, 96, 99 ve 100. maddeleri (Amsterdam Antlaşması'nın 90, 91, 93 ve 94. maddeleri) sermaye hareketleri ve hisse transferleri, katma değer vergisi, doğrudan vergilendirme, dolaylı vergiler ile idari işbirliği alanlarını kapsamakta ve Avrupa Birliği'nin vergi uyumlaştırması amacına hizmet etmektedir.

Amsterdam Antlaşması'nın 90. maddesinde "*Hiçbir üye devlet, diğer üye devletlerin ürünlerine yerli ürünlere uygulanandan daha yüksek, doğrudan ya da dolaylı vergi koyamaz*". Hükmü yer almaktadır. Bu madde üye devletlerin vergi yasalarının ayrımcılık yapmama prensibine uymasını sağlamayı öngörmektedir.⁸ Buna göre vergi önlemleri doğrudan ya da dolaylı olarak, yerli bir ürünün rakiplerine karşı korunmasını sağlayamaz.⁹

⁶ Turhan, Salih, "Avrupa Ekonomik Topluluğu'nda Muamele Vergilerinin Ahenkleştirilmesi", (yayınlanmamış Doçentlik Tezi), İstanbul, 1969, s. 1-3.

⁷ İktisadi Kalkınma Vakfı, *Avrupa Birliği Ülkeleri'nde Seçilmiş Vergi Uygulamaları ve Uyum Çalışmaları*, İstanbul, Kasım 1994, s. 51.

⁸ Yrd. Uzman Sema Gençay Çapanoğlu, *Avrupa Birliği Vergi Politikası*, İktisadi Kalkınma Vakfı, s. 6.

⁹ Sermaye Tekelinin Vergi Etkeninden Bağımsızlığı İlkesi: Bu ilke, bir ülkede yapılacak yatırımın rantabilitesinin, yerli ve yabancı finans kaynakları için aynı oranda olması durumunda geçerlidir. Örneğin; İtalya'da televizyon üretmek amacıyla, bu ülkede varolan yan kuruluşlar kanalıyla yatırım yapan bir İngiliz şirketi, İtalya'da aynı yatırımı yapan bir Fransız şirketinden daha yüksek oranda vergi ödemek durumunda kalırsa, bu pazardaki rekabet gücü azalmış olur. Vergilemenin şirketlerin

Tek Pazar'ın malların serbest dolaşımını sağlayama hedefine dayanan bu prensiple, aynı nitelikte ürünler arasında farklı vergi uygulamaları yasaklanmıştır. Farklı vergi uygulaması ürünün niteliğinin farklı olmasından kaynaklanması halinde meşrudur.

IV. AVRUPA BİRLİĞİ'NİN ÜYE ÜLKELERDE VERGİ SALMA YETKİSİ

Vergi politikası, geleneksel olarak devletler açısından hassas bir konudur. Vergilendirme ulusal egemenliğin temel taşlarından birini teşkil ederken, diğer yandan ülkenin ekonomi politikalarının bir parçasıdır. Devlet sağladığı vergi geliriyle kamu harcamaları ve politikalarını finanse eder. Avrupa Birliği'nde vergilendirme esas olarak üye devletlerin yetkisindedir. Üye devletler, anayasal ve idari yapılarına bağlı olarak bu yetkinin bir bölümünü merkezden yerel veya bölgesel yönetime devredebilirler. Avrupa Birliği vergiler ve sosyal güvenlik katkılarına ilişkin olarak sadece tali bir rol oynar. Birliğin amacı zorunlu vergilerde ulusal sistemleri standart hale getirmek değil, sadece birbiriyle ve Avrupa Topluluğu'nu kuran Antlaşma ile uyumlu olmalarını sağlamaktır. Avrupa Birliği'nde vergi politikası Avrupa Birliği bütünleşmesine göre şekil alan ikincil bir politikadır.

Antlaşma'nın vergi ile ilgili hükümlerini kapsayan 90-94. maddeleri "Topluluğun Temel İlkeleri" arasında değil, "Topluluğun Politikası" başlıklı üçüncü bölümünde, rekabet kurallarından sonra ve mevzuatın yaklaştırılmasına ilişkin hükümlerden önce yer almıştır. Üye devletlerin uyguladıkları ekonomik ve sosyal politikalar kendi ulusal yetki alanları içinde kaldığından kamu maliyesi araçlarının ve dolayısıyla vergilendirmenin Avrupa Birliği düzeyinde ekonomik ve sosyal politika amaçları ile kullanılması söz konusu değildir. Birliğin vergi yaratma ve salma yetkisi yoktur.

V. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE VERGİ UYUMLAŞTIRMASI ÇALIŞMALARININ GETİRDİĞİ ZORLUKLAR

Kurumlar vergisi başta olmak üzere Avrupa Birliği'nde farklı vergi oranlarının ve sistemlerinin varlığı özellikle şirketlerin işleyişi üzerinde olumsuz etki yaratmakta ve varolan kaynakların yeterli biçimde kullanılmasını engellemektedir. Birlik içinde yer alan sistemler uyum sağlamaya çalışan şirketler ve bu sistemlerin yarattığı kargaşada vergi kaçakçılığı

izafi rekabet gücünü etkilemediği ortamlarda geçerli olan Sermaye İthalinin Vergi Etkeninden Bağımsızlığı İlkesi, vergilemeden doğan haksız rekabet koşullarının önlenmesini güven altına alır.

tehlikesini önlemeyi amaç edinen vergi kurumları çeşitli zorluklarla karşılaşmaktadırlar. Bu zorlukları sırayla idari, yapısal, mali ve ekonomik zorluklar olarak adlandırabiliriz.¹⁰

1. İdari Zorluklar

Vergi sistemlerinin her üye ülkede farklı oluşu hem şirketler, hem de vergi kurumları için, pek çok idari zorluk ve kaynak israfı yaratmakta ve varolan bürokrasiyi daha da karmaşıklaştırmaktadır.¹¹ Büyük uluslararası şirketler, ülkedeki farklı vergi sistemlerinin karmaşıklığıyla baş edebilmek ve vergi yükümlülüklerini azaltabilmek için, birer vergi işleri birimine sahiptirler. Daha küçük şirketler, vergi konusunda uzmanlaşmış danışmanlık şirketleriyle çalışmaktadırlar. Diğer bir taraftan da, hükümetlerin vergi memuru ordusu vergi toplamaya ve her türlü usulsüzlüğü önlemeye çalışmaktadırlar.

2. Yapısal Zorluklar

Farklı vergi rejimleri uluslararası şirketlerin yapılanmasını da etkilemektedir. Son yıllarda çok sayıda Avrupa Birliği Ülkesi'nin, değişik alanlarda yatırım yapan şirketleri kendi ülke sınırları içine çekebilmek için, teşvik kanunları çıkardıkları görülmüştür. Bunun sonucu olarak da, pek çok uluslararası şirket, bu avantajlardan yararlanmak ve daha az vergi ödemek amacıyla yönetim, finans ve üretim birimlerini farklı ülkelere yerleştirme durumunda kalmışlardır.¹² Hatta bu ülkelerdeki vergi rejimine uyum sağlamak için yapısal değişikliğe uğramışlardır.

3. Mali Zorluklar

Birçok ülkenin vergi sistemi, borç yoluyla finansmana, sermaye artırımına giderek veya karın şirket içinde tutulması yoluyla gerçekleştirilecek finansmandan daha avantajlı olanaklar sağlar. Şirketler borçlarının nominal faiz ödemelerini vergiden düşebilirlerken, hissedarlara ödenen kar payı için aynı avantaj söz konusu değildir. Bu nedenle, iç yatırımlar için bile borçlanma yoluyla yapılacak finansman daha özendirici olmaktadır. Özellikle uluslararası yatırımlar göz önüne alındığında vergi oranlarının her ülkede farklı oluşu ve bu farklılığın özendirici avantajlar yaratması, şirketleri borç-

¹⁰ İktisadi Kalkınma Vakfı, *Avrupa Birliği Ülkeleri'nde Seçilmiş Vergi Uygulamaları ve Uyum Çalışmaları*, İstanbul, Kasım1994, s. 68.

¹¹ *İBİD.*, s. 69.

¹² *İBİD.*, s. 69.

lanma yoluyla finansmana teşvik etmektedir.¹³ Uzmanlara göre bu eğilim, özellikle ekonomik kriz anlarında şirketler için çok tehlikeli olabilir. Şirketler kredi faizlerini ödeyemedikleri için bataabilirler. Oysa sermaye artırımına giderek yatırım yapan şirketler, kar payı dağıtımını durdurarak, ekonomik kriz anında dahi ayakta kalabilirler.

4. Ekonomik Zorluklar

Vergilendirmenin göz önüne alınmadığı koşullarda, şirketler kar oranının en yüksek olduğu yere yatırım yapacaklardır. Ancak, uygulanacak vergi oranı dikkate alındığında, şirketler kendilerine en yüksek vergi sonrası karı sağlayan ülkeye yatırımlarını kaydıracaklardır ve vergi öncesi ve sonrası en yüksek karın sağlandığı ülkeler birbirinden farklı olabileceklerdir.¹⁴ Şirketler yatırım yapmak için kendi ekonomik çıkarlarına en uygun ülkeyi seçecekler, fakat bu ülke büyük olasılıkla Avrupa Birliği'nin ekonomik çıkarlarına en uygun ülke olmayacaktır. Bu duruma Sermaye İhracının Vergi Etkeninden Bağımsızlığı İlkesi denilmektedir.¹⁵ Oysa vergi oranlarının uyumlaştırılması, şirketlerin kendi ekonomik çıkarlarına uygun ülkeyi seçerken, bu karın Avrupa Birliği'nin ekonomik çıkarlarına da uygun olmasını sağlayacaktır.

Bir ülkeye yapılacak yatırımın rantabilitesinin, yerli ve yabancı finans kaynakları için aynı oranda olması durumuna Sermaye İthalinin Vergi Etkeninden "*Bağımsızlığı İlkesi*" denilir. Bu ilkeyle vergilendirmeden doğan haksız rekabet koşullarının önlenmesini güven altına alır.

Avrupa Birliği ülkelerinde uygulanan vergi rejimlerinin birbirine uyumlaştırılmasının getireceği en büyük kazanç Sermaye İthalinin ve İhracının Vergi Etkeninden Bağımsızlığı İlkeleri'nin başarılması olacaktır. Ayrıca idari, yapısal, mali zorluklar ortadan kalkacak, işlemler basitleşecek, bunun sonucu olarak da, hem devletlerin hem de şirketlerin idari masrafları azalacaktır.

¹³ İktisadi Kalkınma Vakfı, *Avrupa Birliği Ülkeleri'nde Seçilmiş Vergi Uygulamaları ve Uyum Çalışmaları*, İstanbul, Kasım 1994, s. 70.

¹⁴ *İBİD.*, s. 71.

¹⁵ Sermaye İhracının Vergi Etkeninden Bağımsızlığı İlkesi: Uluslararası yatırımların en düşük işletme, üretim, dağıtım masraflarıyla, en yüksek randımanla üretim yapılan yere yapılmasıdır.

VI. AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKUNDA DOLAYLI VE DOLAYSIZ VERGİLERİN UYUMLAŞTIRILMASI

1. Dolaylı Vergilerin Uyumu

a. Katma Değer Vergisi Uyumlaştırılması

Muamele vergilerinin genel amacı, bir ülke içindeki toplam tüketimin, dolaylı olarak vergilendirilmesidir.

1960'lı yıllarda Avrupa Birliği ülkeleri, Fransa hariç, dolaylı vergilendirmede kademeli muamele vergisi¹⁶ uygulamaktaydılar. Katma Değer Vergisi, Avrupa Birliği mevzuatına üye devletler tarafından girmiştir.

KDV gelirlerinin bir bölümünün topluluk kaynaklarının bir parçası olarak topluluk bütçesinin finansmanına ayrılması kararı KDV'nin uyumlaştırılmasına yol açmıştır. 6.¹⁷ Direktif Katma Değer Vergisi'yle ilgili olarak topluluk genelinde ortak tanımlanmaların belirlenmesinin yanı sıra vergilendirmede sınırların kaldırılması hedefine yönelik bir dizi tedbirin alınmasına da öncülük etmiştir. 6. Direktif ve daha sonra bu direktife yapılan değişiklikler sonucunda üye ülkelerarası ticaret, ithalat veya ihracat olarak değerlendirilmekten kurtulmuş, üye ülkelerarası sınırlardaki gümrük formaliteleri ortadan kaldırmıştır. Bu sistem sınır ötesi alış-verişin ulusal alış-veriş kadar basit işlemlerle gerçekleşmesini sağlamıştır.

1987 yılında Komisyon KDV gelirlerinin bir ülkeden önemli ölçüde diğerine aktarmasını önleyecek bir sistem olarak, kaynak temelli¹⁸ vergilendirme sistemine geçilmesi için öneride bulunmuş ancak üzerinde uzlaşılabilmesi nedeniyle kabul edilmemiştir. 1993 yılında Tek Pazar kurulduğunda ve vergisel sınırlar kaldırıldığında dolaylı vergilerde de bir geçiş rejimi getirilmiştir. Kaynak temelli ve varış yeri temelli¹⁹ vergilendirme sisteminin karışımından meydana gelen ve sınır kontrollerini kaldıran bu sistem halen uygulanmaktadır.

Avrupa Birliği ülkesinde uygulanan KDV oranları birbirinden az çok farklılık göstermektedir. Üye ülkeler kendi standart oranlarını tespit etmekte serbest olmakla birlikte minimum eşik olan, %15'in altına inemezler.²⁰ Hali hazırda, üye devletlerin uyguladıkları standart oranlar %15 ile %25 arasında değişmektedir. Standart oran üst eşiği oluşturur. Standart oranın üzerinde bir KDV oranı belirleyemez.

¹⁶ Gerçekleşen her işlemde girdilere ödenen vergi düşülmeden alınan vergi.

¹⁷ 6. Konsey Direktifi 77/338/EEC, OJL 145, 13.06.1977.

¹⁸ Mal ve hizmetlerin üretildiği ülke tarafından vergilendirilmesi.

¹⁹ Mal ve hizmetlerin tüketildiği üye devlet tarafından vergilendirilmesi.

²⁰ Balcı, Beyazıt, "AT KDV Uygulamalarında Vergiyi Doğuran Olay", *Vergi Dünyası Dergisi*, No: 181, Eylül 1996, s. 12-15.

b. Gümrük Vergilerinin Uyumlaştırılması

Katma değer vergilerinden farklı olarak Avrupa Birliği'nde bu konuda tam bir bütünlüğe gidilmesi sağlanmıştır. Bu konuyu ilgilendiren hükümler, üye ülkelerde doğrudan yürürlüğe giren ve ulusal yasalara üstün olan, Topluluk Tüzükleri (EC Regulation) tarafından belirlenmektedir. Böylece gümrük vergileri tüm Avrupa Birliği ülkelerinde aynı ilkeler doğrultusunda uygulanmaktadır. Gümrük vergisinin yanı sıra, üçüncü ülkelerden gelen ithal ürünlere uygulanan tarım tarhu ve anti-damping resmi içinde, aynı Avrupa Birliği uyumu sağlanmıştır.

c. Özel Tüketim Vergilerinin Uyumlaştırılması

Günümüzde Avrupa Birliği içinde özel tüketim vergileri, genel olarak bira ve şarap gibi alkollü içeceklere ve bazı petrol ve tütün ürünlerine uygulanmaktadır. Avrupa Birliği'nin iç sınırlarında formaliteye neden olmamak şartıyla diğer ürünlere de uygulanabilir.²¹

d. Sermaye Artırımı Vergisi

Avrupa Konseyi, 1969 yılından itibaren Avrupa Birliği ülkelerinde uygulanan sermaye artırımı vergisinin, üye ülkeler arasında ayrımcılığa ve çifte vergilendirmeye neden olduğunu, dolayısıyla ortak pazarın tesisi ve işleyişini engellediğini savunmaktadır.²²

Bu nedenle Konsey, 17 Temmuz 1969 tarihinde bir yönerge hazırlamıştır.²³ Bu yönergeye istinaden sermaye artırımı vergisinin bir parçası olan ve hisse senetlerine uygulanan pul vergisi Avrupa Birliği içinde iptal edilmiştir. Sermaye artırımı vergisi için ise, uyumlaştırma çalışmaları yapılmıştır, çünkü üye ülkelerin tümü henüz bu vergiden vazgeçmeye hazırlıklı değildir.

Komisyon, 23 Mart 1990 tarihinde üye ülkelere, yatırım şirketlerini sermaye artırımı vergisinden muaf tutma yetkisinin verilmesini önermiştir. Henüz yönerge niteliğinde uygulamaya sokulmayan bu önerinin amacı, sosyal ve ekonomik nedenlerle yatırım şirketlerinin kurulmasını teşvik etmektir.

²¹ Dr. Hakan Üzeltürk, *Avrupa Birliği-Vergi Hukuku Açısından Uyum Problemi*, İstanbul, 2002, s. 263.

²² İktisadi Kalkınma Vakfı, *Avrupa Birliği Ülkeleri'nde Seçilmiş Vergi Uygulamaları ve Uyum Çalışmaları*, İstanbul, Kasım 1994, s. 62.

²³ *Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi* No: L 249, 3 Ekim 1969.

e. Sigorta Primi Vergisi

22 Haziran 1988 tarihinde Bakanlar Konseyi, doğrudan sigortalar (hayat sigortası hariç) üzerine İkinci Eşgüdüm Yönergesi'ni hazırlamıştır.²⁴ Bu yönergenin temel amacı, üye devletlerde faaliyet gösteren sigorta şirketlerini denetleyici kuralların eş güdümünü sağlamaktır. 1988 yönergesi ayrıca, üye ülkelerde ödenen sigorta primleri vergilerinin uyumlaştırılmasını öngörmektedir.

f. Hisse Senedi İşlemleri Vergisi

Komisyon, 14 Nisan 1987 tarihinde Konseye hisse senedi işlemlerinin dolaylı vergilendirilmesi ile ilgili bir öneri sunmuştur.²⁵ 1976 tarihli ilgili öneriye (*Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi* No: C 133, 14 Haziran 1976) değişiklik getiren bu öneri hisse senetleri işlemleri üzerinden alınan vergilerin kaldırılması amacını gütmektedir.

g. Motorlu Taşıtlar ve Yol Vergisi

Motorlu Taşıtlar ve Yol Vergisi konusunda Komisyon'un yaptığı öneriler, sadece ticari satışlara uygulan vergileri ele almaktadır. Üye ülkelerde uygulanan taşıtlar vergisi oranları birbirinden oldukça farklıdır. Komisyon'un Aralık 1986 tarihli raporuna göre bu fark, kara taşımacılığı işletme masraflarıyla bağlantılı olarak, %5'e varmaktadır. Bu raporda Komisyon, vergi oranları arasındaki farkın kara taşımacılığını haksız rekabetle tehdit edeceği sonucunu çıkarmaktadır. 1965 yılında kara, deniz ve demir yolu taşımacılığının rekabet koşullarını etkileyen bazı kuralların uyumlaştırılması amacıyla Bakanlar Konseyi tarafından bir kararname²⁶ yürürlüğe sokulmuştur. Bu kararnameye göre vatandaşlık veya toprak ilkesine dayanan sistemlerin neden olduğu taşıtların çifte vergilendirilmesi sorununa son verilebilmesi için sistemler uyumlaştırılmalıdır.

2. Doğrudan Vergilerin Uyumu

Vergi mükellefi tarafından ödenen ve onun vasıtasıyla ortaya çıkan doğrudan vergiler, Gelir Vergisi, Kurumlar Vergisi, Servet Vergisi ve çeşitli yerel vergilerden oluşur. Birlik içinde doğrudan vergilendirmenin uyumlaştırılmasında fazla ilerleme kaydedilmemiş, doğrudan vergilendir-

²⁴ *Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi*.

²⁵ *Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi* No: C 115, 30 Nisan 1987.

²⁶ *Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi* No: 88, 24 Mayıs 1965.

menin sadece çifte vergilendirme ve sınır ötesi ekonomik faaliyetler gibi bazı yönlerinde uyumlaştırma çalışmaları yapılmıştır. Vergilendirmede üye devletlerin, özellikle doğrudan vergilendirme politikalarını egemenlik yetkisi ve ekonomi politikalarının bir parçası olarak görmeleri sebebiyle uyumlaştırma alanında fazla ilerleme sağlanamamıştır.

VII. TÜRKİYE'NİN VERGİ UYUMU KONUSUNDA YAPTIKLARI ÇALIŞMALAR VE YAPMASI GEREKENLER

Avrupa Birliği, Türkiye konusunda da çeşitli raporlar hazırlamış ve farklı konularda neler yapılması gerektiği belirtilmiştir. Amaç sadece daha az vergi alınması, daha basit kuralların uygulanması yanında, verginin aynı zamanda verimli olarak alınması ve vergilerle ilgili konulardaki problemlerinde çözümlenmesidir. Avrupa Birliği'nin Türkiye'deki vergi sistemi ile ilgili üç yerde düzenleme görüyoruz.

a. Avrupa Birliği Komisyonu'nun Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne katılması yönündeki ilerlemeler konusunda hazırladığı 2000 ve 2001 yılı raporlarında yer alan vergiler ile ilgili hükümler

b. Helsinki Bildirisi

c. Ulusal Program

1. Türkiye'nin Vergi Uyumu Konusunda Yaptıkları

Türkiye Ankara Antlaşması, Katma Protokol ve 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararı çerçevesinde vergi mevzuatında çeşitli düzenlemeler yapmış, her iki sistemin birbirine biraz daha yaklaşması sağlamaya gayret etmiştir. Öncelikle bazı aykırı yükümlülükler ortadan kaldırılmıştır.

Eğlence Vergisi 09.12.1997 tarihinde ve 97/10349 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile %10 olmuştur.

İthal Talep Harcı 4369 sayılı Kanun ile 1999 yılından itibaren yürürlükten kaldırılmıştır.

Taşıt Alım ve Ek Taşıt Alım Vergileri'ndeki yerli ve yabancı araçlardaki farklı uygulama 11 Seri Numaralı Motorlu Taşıtlar Vergisi Genel Tebliği ile 01.01.1997 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır.

Kurumlar Vergisi'ndeki ihracat istisnası uygulaması 3824 sy. Kanun ile 01.01.1993 tarihinden itibaren kaldırılmıştır.

01.01.1998 tarihinden itibaren sıfır oranlı Katma Değer Vergisi kaldırılmıştır.

Özel Tüketim Vergisi'nin yürürlüğe girmesiyle on altı çeşit vergi ve yükümlülük yürürlükten kaldırılmıştır.

AB Komisyonu'nun 2002 yılı İlerleme Raporu'nda doğrudan vergilendirme, idari kapasite ve karşılıklı yardım alanlarında ilerleme kaydedilmediği belirtilmiştir. Diğer yandan, 1998 yılından bu yana, KDV ve Tüketim Vergileri alanlarında, özellikle şirket birleşmeleri, ayrılmaları ve hisse değişimleri alanında ortaya çıkan maddi kazançlar konusunda önemli gelişmeler kaydedildiği belirtilmiştir. Dolaylı ve dolaysız vergilendirmede müktesebata uyum sınırlıdır.

2. Türkiye'nin Vergi Uyumunu Konusunda Yapılması Gerekenler

Avrupa Topluluğu vergi sistemi ile Türk vergi sistemi arasında mevcut farklılıkların giderilmesi çalışmaları hem uyum sürecini kısaltacak hem de Türk vergi sistemi içerisindeki olumsuz bazı unsurların ayıklanması sebebiyle sisteme işlerlik kazandıracaktır.

Yapılan bir araştırmada Gümrük Birliği çerçevesinde taranması gereken mevzuat adedi 3.277 olarak belirlenmiş, bunların 1.072'si incelenmiş, 206 adet mevzuat Avrupa Birliği mevzuatı ile uyumlu bulunmuştur. Vergilerle ilgili olarak 140 mevzuatın 130'u incelenmiş, sadece 9 tanesi Avrupa Birliği mevzuatı ile uyumlu bulunmuştur. Görüldüğü gibi uyum oranı hem genel olarak hem de vergiler açısından oldukça düşük olup %6 civarındadır.

Bu çerçevede, üzerinde çalışılması gereken bazı konular şu şekilde ortaya konulabilir:

1. Vergiler ekonomik sistemin temel taşıdır. Bu taşın yerine oturması buna bağlı ekonomik birimlerin faaliyetlerinin de daha verimli olması sonucunu doğurur. Bu nedenle yapılacak düzenlemeler iyi planlanmalı, uzun vadeli sonuçlar göz önünde bulundurulmalıdır.

2. Vergi idaresine güven duyulması sağlanmalı, bu amaçla hem vergi gelirlerinin ne şekilde kullanıldığı halka izah edilmeli hem de etkili bir denetim sağlanmalıdır. Bunun için bankalar, çeşitli finans kurumları ve idare arasında sağlıklı bilgi akışı temin edilmelidir. Böyle bir bilgi akışı ile yargı organlarının da yükü azalacak ayrıca fonksiyonları etkili hale gelecektir.

3. Ekonomik faaliyetlerin çeşitlilik kazanması ve globalleşmesi sonucu buna uygun düzenlemelerin ciddi çalışmalarla hayata geçirilmesi zorunludur.

a. Vergilendirme alanında Türkiye'ye söylenenler mevcut problemlerin çok az bir kısmını gösteren iyimser bir değerlendirmedir. Gerçekte

ise çok daha fazla değişiklik ve düzenlemelere ihtiyaç vardır. Bu nedenle yapılan ve yapılması gereken değişiklikleri ayrı başlıklar halinde ve üye devletlerin çalışmaları da göz önünde bulundurularak değerlendirmek yerinde olacaktır. Bu değerlendirmede temel olarak dolaylı ve dolaysız vergiler ayrımı yapılacak ve gelir, kurumlar, katma değer ve özel tüketim vergileri ele alınacaktır.

VIII. GENEL DEğERLENDİRME VE SONUÇ

Avrupa Birliği temellerini, siyasi, ekonomik ve hukuksal olmak üzere üç ana bütünleşme yapısı üzerine kurmuştur. Ekonomik ve Hukuksal Bütünleşme Topluluğu kuran antlaşma olan Roma Antlaşması'ndan (1957) bu yana önemli bir yol kat etmiştir. Ancak aynı mesafeyi Avrupa Birliği, siyasi bütünleşmede sağlayamamıştır. Bunun temel nedeni Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin hala ulusal devlet yapılarını koruma isteği ve egemenliklerinin devrini Birliğe devretmekten kaçınmalarıdır.

Bağımsız devletlerin egemenlik yetkilerini kullandıkları en önemli alanlardan biri de o devletin vergilendirme yetkisidir. Üye devletlerin bu yetkilerini devretmeme istekleri sonucunda da Avrupa Birliği'nde de vergilendirmenin uyumu konusunda istenilen aşamaya gelinememiştir.

Tüm dünyada ve Avrupa Birliği'nde olduğu gibi ülkemizde de devletin kamu hizmetlerini yerine getirmesi için vazgeçilmez araç olan vergilendirme, aynı zamanda tasarrufu, ekonomik büyümeyi teşvik, gelir dağılımını düzeltme gibi diğer sosyal ve ekonomik amaçların da aracı olarak kullanılmaktadır. Vergilendirme toplumun tüm kesimini doğrudan veya dolaylı olarak etkilemekte ve ilgilendirmektedir. Öte yandan dört temel özgürlüğü (malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı) ve Tek Pazar'ı oluşturma çabasındaki Avrupa Birliği'nin vergi bütünlüğü konusunda yeni ve istikrarlı adımlar atması gerekmekte, Türkiye'nin ise bu istikrarlı adımların yakın takipçisi olması gerekmektedir.

EKLER

Roma ve Maastricht Anlaşmalarında Vergi ile İlgili Hükümler

Madde 95

Hiçbir üye devlet, diğer üye devletlerin benzer ürünlerine, kendi ürünlerine uyguladığı dolaylı ve dolaysız verginin dışında, fazladan vergi uygulayamaz.

Hiçbir üye devlet, diğer üye devletlerin ürünlerini, yerli ürünleri koruma amaçlı iç vergiye tabi tutamaz.

Üye devletler en geç ikinci dönemin başında, bu antlaşmanın yürürlüğe girmesi sırasında yukarıdaki kurallarla bağdaşmayan kanun ve kararnamelerini değiştirmeli veya düzeltmelidirler.

Madde 96

Üye ülkelerden birine ihraç edilen ürünlerden alınan iç vergi iadesi, bu ürünlere dolaylı veya dolaysız biçimde uygulanmış olan vergi miktarını aşmamalıdır.

Madde 97

Muamele vergisi uygulayan üye ülkeler, ithal edilen mallara uyguladıkları vergi veya ihraç edilen mallara sağladıkları vergi iadesi göz önüne alındığında, 95 ve 96. maddelerin hükümlerine ters düşmeden, bazı mallar veya mal grupları için ortalama bir vergi oranı oluşturabilirler.

Eğer bir üye devlet tarafından oluşturulan ortalama vergi oranları bu maddelerin (95 ve 96.) hükümlerine ters düşerse, Komisyon söz konusu devlete gerekli yönerge veya kararı bildirecektir.

Madde 98

Muamele vergisi dışında uygulanan vergilere ilişkin Komisyon'un önerisiyle öngörülen tedbirler, Konsey tarafından sınırlı bir süre için vasıflı çoğunlukla onaylanmadıkça, Özel Tüketim Vergisi (ÖTV), diğer dolaysız vergiler, muafiyet ve ihracatta sağlanan vergi iadesi muamelesi yapılamaz ve diğer üye ülkelerden ithal edilen mallara vergi uygulanamaz.

Madde 99

Roma Antlaşması

Konsey, Komisyon'un önerisini Avrupa Parlamentosu'na danıştıktan sonra oy birliği esasını değerlendirerek, 8/a maddesinde öngörülen süre içinde iç pazarın tesisi ve işleyişi için gerekli kabul edilen, Muamele Vergisi, ÖTV ve diğer dolaylı vergilere ilişkin mevzuatın uyumlaştırılması için, bazı ortak kuralları oluşturabilir.

Maastricht Antlaşması

Konsey, Komisyon'un önerisini Avrupa Parlamentosu ile Ekonomik ve Sosyal Komite'ye danıştıktan sonra, oy birliği esası ile değerlendirilerek, 7/a maddesinde öngörülen süre içinde iç pazarın tesisi ve işleyişi için gerekli kabul edilen muamele vergisi, ÖTV ve diğer dolaylı vergilere ilişkin mevzuatın uyumlaştırılması için, bazı ortak kurallar oluşturabilir.

Madde 100

Roma Antlaşması

Konsey, Komisyon'un önerisini oy birliği esası ile değerlendirerek, ortak pazarın tesisi ve işleyişine doğrudan etki eden üye devletlerin hukuki, düzenleyici ve idari hükümlerinin birbirine yakınlaştırılabilmesi için yönergeler oluşturulabilir.

Bu yönergelerin uygulanabilmesi, bir veya birkaç üye ülkede var olan hukuki hükümlerin değişikliğini gerektiriyorsa Avrupa Parlamentosu ile Ekonomik ve Sosyal Komite'ye danışılacaktır.

Maastricht Antlaşması

Konsey, Komisyon'un önerisini Avrupa Parlamentosu ile Ekonomik ve Sosyal Komite'ye danıştıktan sonra, oy birliği esası ile değerlendirerek, ortak pazarın tesisi ve işleyişine doğrudan etki eden üye devletlerin hukuki, düzenleyici ve idari hükümlerinin birbirine yakınlaştırılabilmesi için yönergeler oluşturulabilir.

Madde 145

Bu Antlaşma'nın tayin ettiği hedeflerin gerçekleştirilmesini güven altına alabilmek için, antlaşmanın koşullarına uygun olarak, Konsey:

Üye ülkelerin genel iktisat politikalarının eşgüdümünü sağlamalıdır.

Karar alma yetkisine sahip olmalıdır.

Aldığı kararlar çerçevesinde, Komisyon'a, oluşturduğu kuralları uygulama yetkisi vermelidir. Konsey, bu yetkinin uygulanmasına ilişkin bazı özel şartlar oluşturabilir.

Ayrıca bazı özel durumlarda Konsey, uygulama yetkisini kendisine tahsis edebilir. Yukarıda bahsedilen özel şartlar Konsey'in, Komisyon'un

önerisiyle ve Avrupa Parlamentosu'na danışarak, oy birliği esası ile değerlendirilerek önceden oluşturduğu ilke ve kurallara uygun olmalıdır.

Madde 220

Üye devletler, kendi vatandaşlarının çıkarlarını güven altına almak amacıyla, gerektiği ölçüde birbirleriyle görüşmelerde bulunmalıdırlar bu yönde hedeflenen hususlar şunlardır:

Kişilerin ve haklarının her ülkenin kendi vatandaşlarına sağladığı biçimde korunması ve bu haklardan eşit olarak yararlanılması,

Topluluk içinde çifte vergilemenin kaldırılması,

48. maddenin 2. paragrafı uyarınca, şirketlerin karşılıklı tanınması, bir ülkeden diğer ülkeye şirket yönetim merkezinin transferi sırasında tüzel kişiliğin korunması ve farklı ülke kanunlarının tabi şirketlerin birleşebilme imkanının sağlanması,

Mahkeme ve Tahkim Mahkemesi kararlarının karşılıklı tanınma ve icrası için gerekli işlemleri düzenleyen formalitelerin kolaylaştırılması.

KAYNAKÇA

6. Konsey Direktifi 77/ 338 / EEC, OJL 145, 13.06.1977.

Avrupa Birliği – Türkiye Vergi Hukuku Açısından Uyum Problemi, Dr. Hakan TÜZELTÜRK.

Avrupa Birliği Üzerinde Seçilmiş Vergi Uygulamaları ve Uyum Çalışmaları, İktisadi Kalkınma Vakfı.

Avrupa Birliği El Kitabı. Dr. İrfan Kaya ÜLGER.

Avrupa Birliği'nde Dolaysız Vergiler, Doç. Dr. Billur Yaltı SOYDAN.

Avrupa Birliği'nin Vergi Politikası, Yrd. Uzman Sema Gencay ÇAPANOĞLU, İktisadi Kalkınma Vakfı.

Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi No: L 249, 3 Ekim 1969.

Avrupa Topluluğu'nda Vergi Uyumlaştırılması ve Türk Kurumlar Vergisi, Yrd. Doç. Dr. Yaşar METHİBAY.

Avrupa Topluluğu Hukuku, Prof. Dr. Haluk GÜNUĞUR.

BALCI Beyazıt, "AT KDV Uygulamalarında Vergiyi Doğuran Olay", *Vergi Dünyası Dergisi*, No : 181, Eylül 1996, s. 12-15.

Doç. Dr. Nurettin BİLİCİ, *Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri (Genel Bilgiler, İktisadi, Mali konular, Vergilendirme)*, Seçkin Yayıncılık. Ocak 2004.

TEKİNALP - ATAMER - ODER - OKUTAN, *Avrupa Birliği Hukuku*, İstanbul, 1997.

TURHAN, Salih, "Avrupa Ekonomik Topluluğu'nda Muamele Vergilerinin Ahenkleştirilmesi", (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi), İstanbul, 1969.

SHAW, Jo, *Law of the European Union*, 2. ed., London 1996, s.17; KARAKAŞ, Işıl, *Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği*, İstanbul, 1993.

İNTERNET SİTELERİ

Activities of the European Union-Summaries of legislation/taxation:

<http://www.europa.eu.int/scadf/>

Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği: <http://www.deltur.cec.eu.int/>

Avrupa Birliği Konseyi: <http://ue.eu.int/>

Avrupa Parlamentosu: <http://www.europarl.eu.int>

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı: <http://curia.eu.int/>

Ombudsman: <http://www.euro-ombudsman.eu.int>

Avrupa Birliği Türkiye Temsilciliği: <http://www.deltur.cec.eu.int>

Maliye Bakanlığı: <http://www.maliye.gov.tr>

KENTLEŞEN TÜRKİYE'DE ÇOCUK SUÇLULUĞU

Yakup ÇOŞAR*

GİRİŞ

Bu çalışmada kentleşme süreci ve bunun sonuçlarının çocuk suçluluğuna etkileri incelenmektedir. İleride vurgulanacağı gibi Türkiye’de çocukların işledikleri suçların çok büyük bir bölümü kentlerde işlenmekte, suç işleyenlerin de gene çok büyük bölümü kentlerde oturmaktadır.

Konuya girmeden önce bu çalışmada kullandığım kavramlar üzerinde kısaca durmak istiyorum. Türkçe’de 12-18 yaş arasındaki insanların işledikleri suçlarla ilgili “*çocuk suçları*” kavramı kullanılır. Esas olarak 12-15 yaş arası çocukları yargılamak üzere kurulan mahkemeler Çocuk Mahkemeleri adı altında kurulmuşlardır. Bu mahkemelerin kuruluş yasasında 18 yaşın altındaki çocuklar/gençler üç kategoriye ayrılmaktadırlar; 11 yaşın altındakiler için çocuk, 12-15 yaş arasındakiler için küçük ve 15-18 yaş arasındakiler için genç kavramı kullanılmaktadır. Bunlara ek olarak aşağıda tanımlayacağım ergen kavramı yasada değilse de konu ile ilgili literatürde kullanılmaktadır.

Ergen ve genç kavramlarını tercih etsem de ben de bu çalışmada daha çok çocuk kavramını kullanmaktayım. Çalışmamda alıntıladığım araştırmaların bir kısmı, özellikle de çocuk mahkemeleri konusunda yapılan araştırmalar yasada küçük diye tanımlanan grupla ilgilidir. Bu konuda yaptığım alıntılarda küçük kavramı da kullanılmaktadır.

Ancak bu yaş grubunun tümünü tanımlayan ve sınırlayan kavram “*ergen*” kavramıdır. Türkçedeki çocukluk kavramının alt yaş sınırı, gençlik kavramının da üst yaş sınırı yoktur. Bu anlamda ergen kavramı çalışmada söz konusu edilen yaş grubunu tanımlamak açısından uygun düşmektedir.

* Zürih Kantonu’nda sosyal çalışmacı.

Bu nedenle ilk bölümde ergenlik dönemini, bu dönemi ayrık kılan özellikleri ve bu özelliklerin suç işlemeye ilintisini söz konusu edeceğim. Çalışmanın eksenini oluşturan ikinci bölümde kentleşme süreci ile ortaya çıkan ve bireyselleşme kavramı çerçevesinde tartışılan değişimleri ele alacak, Türkiye özelinde bu sürecin kazandığı özellikler ve bunların çocuk suçluluğuna etkilerini konu edineceğim. Üçüncü bölümde Türkiye'deki kurumlaşmanın yetersizliği ve bu yetersizliğin şehirleşen Türkiye'de çocuk suçluluğuna etkisini inceleyeceğim. Bölümün sonunda suça itilmiş çocuklara destek olmak için kurulmuş Türkiye Çocuklara Yeniden Özgürlük Vakfı'nı, kentleşme sürecinde oluşması gereken kurumların bir modeli olarak kısaca tanıtaacağım. Son bölümde ise çalışmanın bütününden çıkardığım sonuçları özetleyeceğim.

I. Ergenlik Dönemi

Ergenlik döneminin, ülkelerin coğrafi ve kültürel yapılarına göre farklılıklar gösterse de, genel olarak 11-12 yaşlarında başlayıp 18-20 yaşlarında sona erdiği kabul edilir. Dönemin başlangıcına ölçü olarak ergenlerde ortaya çıkan fizyolojik değişiklikler (kızlarda göğüslerin büyümesi, erkeklerde genital organlarda kıllanma) alınır. Bitişine ise gencin kaba çizgileriyle bir kimliğinin oluşması, değer yargıları ve normları içselleştirmesi, okul ya da iş konusunda yönünün netleşmesi, duruma göre meslek sahibi olması, aileden bağımsız yaşaması ya da kendi başına bir aile kurması gibi sosyolojik göstergeler ölçü olarak alınır.

Bu anlamda ergenliğin başlangıç ve bitiş dönemleri için kesin yaşlar vermek zordur. Ceza sorumluluğu açısından da ülkeden ülkeye değişen uygulamalar vardır. Türkiye'de cezai sorumluluk 11 yaşının sona ermesi ile başlar. Ergenliğin bittiği yaş olarak da cezai sorumluluk ve medeni haklar açısından 18 yaş kabul edilir.

Sınırlarını kabaca çizdikten sonra kısa da olsa bu dönemde konumuz açısından önemli olabilecek iki önemli değişiklik üzerinde durmak istiyorum; birinci önemli değişiklik, gencin bu dönem içerisinde ilişkilerinin farklılaşmasıdır. İkincisi ise, gencin kimliğinin kaba hatlarıyla oluşması ve bu çerçevede kendine uygun rolleri üstlenip, değer ve normları içselleştirmesidir.

İlişkilerin Değişmesi

Ergenlik yaşının başlarına kadar çocukların ilişkilerinin ağırlık noktasını aile ve aile çevresi oluşturur. Bu döneme kadar annenin ya da babanın

söyledikleri ve yaptıkları doğru olan şeylerdir ve genelde tartışmasız kabul edilirler. Ergenlik çağıının başlaması ile çocuk aile içindeki geçerli değerleri, davranış kalıplarını, yaşam biçimini sorgulamaya başlar. Bu dönem, çocuğun aile içinde en azından bir özerklik kazanma, kendini kendi değerleri ile kabul ettirmeye çalışma ve aileye mesafe alma dönemidir. Türkiye’de bu süreç ilk beş yıllık eğitimin bitmesi, bazı çocuklar açısından çıraklığın, yaz işlerinin başlaması; daha başkaları için evin uzağında okullara gitme dönemine denk düşer.

Bu dönemde ailenin yanında başka ilişki grupları, öncelikle de akran grupları önem kazanmaya başlar. Akran grupları bir yandan ergenin karşı karşıya kaldığı sorunları açabildiği, çözüm aradığı çerçeveyi oluştururken, diğer yandan gence özerk davranışlarını sınavacağı sosyal çevreyi sunar (bkz., Buchmann, 1983, s. 82).

Bu süreç ergenin aynı zamanda kendini idealleştirdiği kişilerle özdeşleştirme dönemidir. Futbol yıldızları, sanatçılar, tarikat liderleri, tabii ki mafya şefleri, çete reisleri ya da güzel kadınlar vs. aileye mesafe alma ve kendine bir kimlik edinme sürecindeki gençler için özdeşleşecekleri figürleri sunarlar.

Kimlik Edinme ve Yeni Roller Üstlenme Süreci

Bu süreçte ergenlerin ana uğraşlarından biri de kimlik edinmek ve “Ben kimim?” sorusuna yanıt bulmaktır. Aileden yavaş yavaş kopuş aynı zamanda gencin, birey olarak kendi adıyla, kendi değer yargıları ve kendi rolleriyle ortaya çıkış çabasıdır. Ergen bu dönemde farklı durumlara uygun davranış biçimleri geliştirmeye, çeşitli sorunları çözmeye uygun yetiler kazanmaya, toplumda üstleneceği rolleri (mesleki, cinsel, politik vs.) edinmeye ve toplumsal değerleri ve normları içselleştirmeye başlar.

Kimlik edinme sürecinin önemli bir boyutu ergenin bir dünya görüşü edinmesi, dünyayı kendine göre açıklamaya çalışmasıdır. Bu gencin değer yargıları ve normları içselleştirmesi, bir kısmını da reddetmesi anlamına gelir. Çevresine, ilişkilerine göre genç her tür değeri ve normu içselleştirmeye (ya da reddetmeye) ve buna uygun davranışlara girmeye, roller üstlenmeye açıktır.

Kimlik edinme sürecinin ikinci bir boyutu mesleki olarak bir yöne karar vermek, geleceğini şekillendirmek konusunda adımlar atmak ve buna uygun mesleki roller üstlenmektir. Ergenlik çağıının başlarında gençlerin gelecekle ilgili ütopyik rüyaları vardır. Olanaklar sınırsız gibi görünür. Yaş ilerledikçe okulda, işte gösterilen başarı ya da başarısızlığın önemi artmaya

başlar. Başarısızlık, bunun sonucu olarak ortaya çıkan işsizlik ve çıkışsızlık genç açısından çok sarsıcı bir deneyim olup, onu güvensizliğe ve umutsuzluğa sürükleyebilir.

“Gençlik dönemini özel kılan, gencin yaşamında ilk kez kapsamlı bir biçimde, bireysel çaba ve başarısına göre sosyal olarak değerlendirildiği bir durumla karşı karşıya kalmasıdır. (...) Bu yaklaşıma göre gençlik çağı, gencin yaşamında ilk kez bir kimlik tasarımı için özerk olarak karar vermek zorunda kaldığı ve bu adımda sosyal çevrenin kabulüne muhtaç olduğu (kimliğin sosyal olarak doğrulanması), kritik bir yaşam dönemidir. Genç bu dönemde kendini bağımsız bir özne olarak algılamayı, kim ve ne olduğu sorularını, sosyal beklentileri dikkate alarak yanıtlamayı öğrenmek durumunda kalmaktadır. Bu dönemde ortaya çıkan sosyal beklentilere karşılık verememe korkusu ve benzeri zorluklar, gençlerin kriz olarak algıladıkları güvensizliğe, kendi ile ilgili duygularda karmaşaya, öz güvenin azalmasına neden olur” (Simons, 1973, Rosenberg, 1979, aktaran Buchmann, 1983, s. 81).

Kimlik edinme sürecinin üçüncü bir boyutu, cinsel kimliğin edinilmesi, buna ilişkin rollerin üstlenilmesidir. Ergenlik dönemi genç erkeklerin ve kızların erkekliklerini ve kadınlıklarını hissettikleri, akranları ile deneyimlerini paylaştıkları, dış dünyadan edindikleri bilgilere ve izlenimlere göre kendilerine uygun erkek ve kadın rolleri üstlendikleri dönemdir. Gençler üstlenmeye başladıkları rollerin çevre tarafından da doğrulanmasına özel önem verirler. Bu dönemde erkekler, toplumdaki erkek egemen bakışa uygun olarak ne kadar güçlü, ne kadar erkek olduklarını göstermeye çalışabilirler. Cinsel bilgi eksikliği, kadın erkek arkadaşlıklarının yasak oluşu, kadınların sadece bir cinsel obje olarak gösterilmeleri bu dönemde yaşanabilecek saldırgan davranışların önemli nedenlerini oluşturur.

Kısacası bu dönemde ergenin önünde üstesinden gelmek durumunda olduğu birçok ödev bulunmaktadır. Tüm bu ödevlerin başarıyla çözümünde çocukluktan itibaren edinilen donanım çok önemlidir. Ancak yeterli değildir. Gençlerin bu dönemde mutlaka sosyal çevre desteğine gereksinimleri vardır:

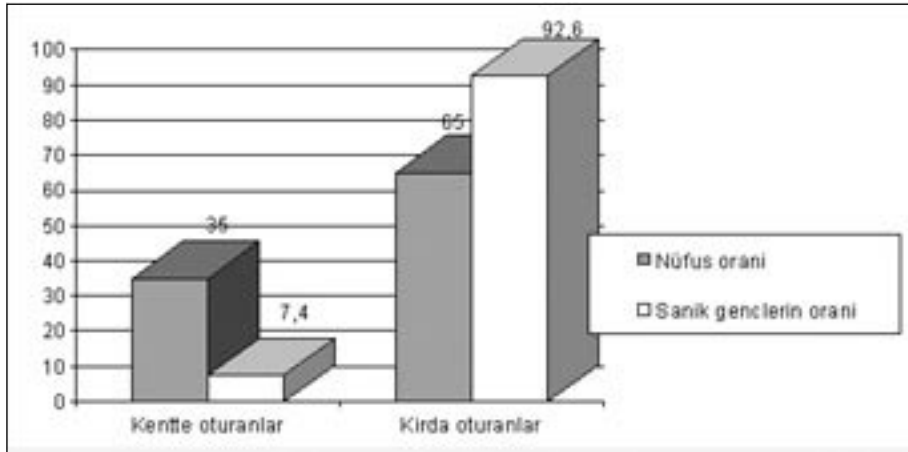
“Bireysel yetilerin, becerilerin önemi çok fazla da olsa, yalnız başlarına sorunları çözmeye yeterli değildir. Bireysel donanım yanında sosyal kaynakların, yani çevreden gelen desteğin dikkate alınması gerekir. Bu destek özellikle geleceği belirleyici önemdeki, etkilenmesi ve değiştirilmesi kolay olmayan durumlarda (okul başarısızlığı, işsizlik, ilişkilerdeki krizler vs.) özel bir önem kazanır” (Hurrelmann, Rosewitz, Wolf, 1989, s. 108-109).

Özetlenecek olursa ergenlik dönemi özel bir dönem, kendini arama, kendini bulma dönemidir. Bu arama döneminde yaşanan bireysel ve ailevi zorluklar, oturmuş davranış kalıpları, yerleşik değerleri, içselleştirilmiş

normları olmayan genci o anda makul bir çözüm olarak görünen “suç işleme yoluna” itebilir. Suç işlemeyen önce ve tabii suç işlendikten sonra çevre desteği (aile ve toplumsal çevre ya da kurum desteği) de yoksa, bütün hayalleri ve umutlarıyla ergenlik çağı bir suçluluk çağına dönüşebilir. II. Kentleşme ve Çocuk Suçluluğu

II. Kentleşme ve Çocuk Suçluluğu

Girişte de belirtildiği üzere Türkiye’de çocuk suçluluğu son yıllarda kente ait bir olgu özelliğini kazanmış bulunmaktadır. Devlet İstatistik Enstitüsü’nün 1997 yılında yaptığı ayrıntılı bir araştırmanın sonuçlarına göre, kolluk kuvvetlerince yakalanan ergenlerin (12-18 yaş arası) %93’e yakını şehirlerde ve ancak %7’si köylerde oturmaktadır. Aynı yıl Türkiye nüfusunun %65’i şehirlerde, %35’i köylerde oturmaktadır. Yani şehirde oturan gençlerin suç işleme oranları köylerde oturanlara göre çok yüksektir.¹

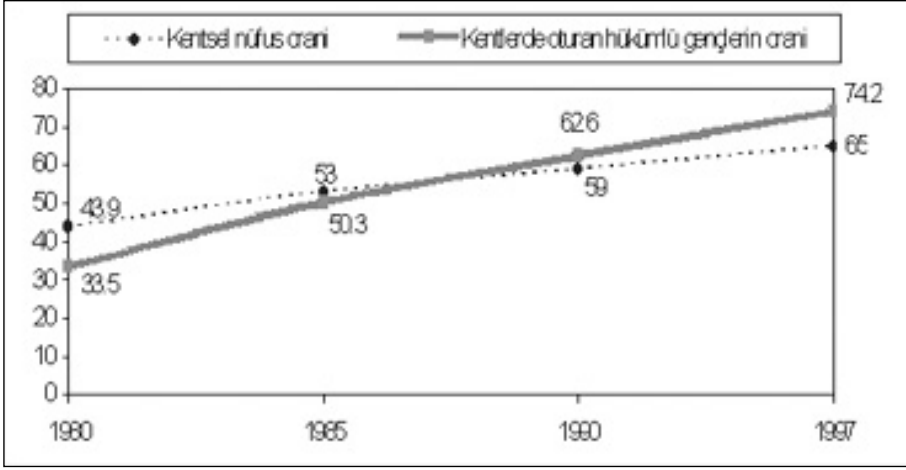


Grafik 1. Şehir ve köy nüfusunun köylerde ve şehirlerde oturan sanık gençlerin oturdukları yerlere göre dağılımıyla karşılaştırılması

Kaynak: Devlet İstatistik Enstitüsü 1998a, s. 42 ve Kongar, 1998, s. 549.

İslah evlerindeki hükümlü gençlerle ilgili istatistikler yukarıdaki verileri doğrular niteliktedir. Bu gençlerden şehirde oturanların oranı 1980 yılından itibaren hızla artmıştır.

¹ Devlet İstatistik Enstitüsü’nün sözü edilen araştırması 1997 yılında ve tüm Türkiye’yi temsil etmek üzere 27 ilde yapılmıştır. 1998 yılında, Güvenlik Birimine Gelen / Getirilen Çocuk İstatistikleri 1997 başlığıyla yayınlanan araştırmada kuşku üzerine güvenlik kuvvetlerince gözetim altına alınan 12-18 yaş arası bütün gençler dikkate alınmıştır. Türkiye’de bilindiği üzere polis kentlerin, jandarma kırsal alanların (köylerin) güvenliğinden sorumludur. Araştırmadaki kır şehir ayrımı bu idari bölünmeye göre yapılmıştır. Araştırma konu ile ilgili ilk kapsamlı çalışmadır.



Grafik 2. İslahevlerindeki hükümlü çocukların oturdukları yerlere göre dağılımının genel nüfusun oturduğu yerlere göre dağılımıyla karşılaştırılması

Kaynak: Devlet İstatistik Enstitüsü, değişik yıllar, bkz., Yücel, 1989, s. 163 ve Devlet İstatistik Enstitüsü, 1999, s. 193.²

Grafikte görüldüğü gibi 1980'den 1997'ye kadar şehir nüfusu genel nüfusun %43'ünden %65'ine çıkarken, hüküm giyen gençlerden şehirde yaşayanların oranı nüfus artışına göre çok daha hızlı bir artış göstermiş ve %33.5'den %74.2'ye çıkmıştır.

Sanık ve hükümlü gençlerle ilgili veriler kentsel alanda gençlik suçluluğunun kırsal alana göre daha yüksek olduğunu göstermektedir.

Peki şehirleşmeyle ne değişmektedir? Neden kentlerde oturan gençler kırsal alanlarda oturanlara göre daha sık suç işlemektedirler? Aşağıda bu gelişmenin nedenlerini tartışacağım.

Bunun için ilk olarak kentsel alana ait bir yaşam tarzı olarak bireyselleşme sürecini inceleyecek ve gençlik suçluluğunu yerleşmekte olan bu yaşam tarzının olumsuz sonuçlarından biri olarak tartışacağım.

² Yukarıda adı geçen, Güvenlik Birimine Gelen/Getirilen Çocuk İstatistiklerinin yanında, bu çalışmada gene Devlet İstatistik Enstitüsü'nce yayınlanan yıllık Adalet İstatistiklerinden yararlanılmaktadır. Bu istatistiklerde mahkeme önüne sanık olarak çıkarılan gençlerin sayıları yanında, ıslah evlerindeki gençlerle ilgili veriler de sunulmaktadır. Türkiye'de Ankara, İzmir ve Elazığ'da Çocuk İslahevleri bulunmaktadır. Olayın geçtiği yerin mahkemesinde yargılanan gençler, yargılama sonucu uzun hapis cezalarına çarptırılmışlarsa bu üç ıslahevinden birine konulmaktadır. Bu istatistiklerle ilgili sorun, İslahevlerine gönderilen gençlerin sayısının çok sınırlı olmasıdır. Türkiye'de yargılama süreci yavaş işlediği için gençlerin birçoğu yargılama aşamasında, ya da davanın hemen sonrasında saliverilmektedirler. İslah evleriyle ilgili veriler bu sınırlamalar dikkate alınarak yorumlanmalıdır.

Daha sonra genel olarak şehrin, özel olarak da Türkiye'deki büyük şehirlerin suçluluğu teşvik edici ve de kolaylaştırıcı özelliklerini irdeleyip, sunulan tezleri istatistiklerle desteklemeye çalışacağım. Bölümün sonunda ergenlerin işledikleri suç türlerinin kentleşme sürecine paralel olarak değişimini inceleyeceğim.

2.1. Bireyselleşme ve Suçluluk

Şehirleşme süreci yaşam tarzlarında ve insan ilişkilerinde radikal değişiklikler yaratmaktadır. Bu sosyokültürel değişikliklerin önemli bir kısmı, geleneksel toplumsallaşma tarzlarının hızlanan bir biçimde çözülmesi ve bireyin hayatını biçimlendirmek konusundaki inisiyatifinin ve sorumluluğunun radikal biçimde artması olarak tanımlanabilecek bireyselleşme kavramı çerçevesinde özetlenebilir (bkz., Eisner, 1997, s. 85).

Konunun teorik çerçevesini çizen önemli isimlerden birisi, Ulrich Beck'e göre, bireyselleşme süreci dört ana eğilimle nitelenebilir:

“1. *Geleneksel olarak varolagelen sosyal sistemlerden ve bağlardan kopma (özgürleştirme, çözüme eğilimi);*

2. *Mutlak doğruların, davranışlara yön veren kuralların ve normların yitimi (büyünün bozulması eğilimi);*

3. *Bireylerin konumunun değişmesi: Bireyin 'sosyal alanın yeniden yaratıcısı olarak öneminin' artışı;*

4. *'Ben merkezli bir dünya görüşünün' yaygınlaşması”* (bkz., Karrer, 1998, s. 15).

Beck'e göre bireyselleşme sadece 20. yy'nin ikinci yarısına ait bir olgu ya da bir keşif değildir. Tarihin çeşitli dönüşüm dönemlerinde bireyselleşme süreçleri yaşanmıştır. Dönemine uygun “bireyselleşmiş” yaşam tarzları rönesansda, ortaçağın saray kültüründe, köylülerin serflikten kurtuluşu döneminde de ortaya çıkmıştır. Ancak endüstrileşme ile birlikte 20. yy'de bireyselleşmenin yeni bir dönemi gündeme gelmiştir. Bu son bireyselleşme dalgasını Beck modernleşmenin bir sonucu olarak görmektedir. Bu teze göre modernleşme süreci merkezi devlet yapısı, sermayenin merkezileşmesi, pazar ilişkilerinin hakimiyeti, kitle tüketimi ve hareketlilik (Mobilitaet) yanında bireyselleşmeyi de beraberinde getirmiştir (bkz., Beck, 1986, s. 206).

Bireyselleşme süreci farklı ülkelerde, ekonomik ve sosyal koşullara göre zamansal kaymalarla gerçekleşmekte ve farklı biçimler almaktadır. Örneğin; asgari geçim güvencesinin tüm yurttaşlar için varolduğu batı top-

lumlarında insanların bağlarını koparmaları ve kendi yaşamlarını bireysel olarak şekillendirmeleri şansı, bu güvenceyi sağlayamayan toplumlara göre çok daha yüksektir.

Türkiye’de yukarıdaki gelişmeler, merkezi devletin oluşumu bir yana bırakılırsa, esas olarak 50’li yıllardan itibaren ve çok hızlı bir şehirleşmeye birlikte gerçekleşmiştir. Hızlı şehirleşmeye rağmen Türkiye’de aile üyeleri ve akrabalar arasındaki bağımlılık, diğer bir deyişle dayanışma hala çok güçlüdür. Sosyal güvencelerin, hastalık sigortasının herkes için ve yeterli düzeyde olmayışı insanları Avrupa’dakinden çok daha fazla bir arada yaşamaya zorlamakta ve bireyselleşmenin özgürleştirici, çözücü etkisine rağmen insanlar kendilerini hala, duruma göre aile, parti, aşiret ya da dini grup olarak anlaşılan, “biz” kavramı ile tanımlamaktadırlar. Bu farklılıklara rağmen bireyselleşme, geleneksel bağlardan ve değerlerden kopuş ve kendi başına bırakılma (kendi kaderine terkedilme) süreci olarak şehirleşen Türkiye’de de yaşanmaktadır.

Aşağıda bireyselleşme sürecinin ortaya çıkardığı değişimleri üç ana başlık altında özetleyip, bu değişimlerin (eğilimlerin) suç işleme davranışını nasıl etkilediğini tartışacağım.

2.1.1. Bağların Zayıflaması

Geleneksel köylü toplumlarında insanın içinde doğduğu birim büyük aile ve aşirettir. İnsanlar ömürlerini de genel olarak bu iki kurum içinde geçirirler. Savaş, deprem gibi büyük felaketlerle karşılaşmadıkça yaşam boyu aynı yerleşim biriminde, aynı topluluk içinde yaşanır. Tarlasına ya da en fazla komşu köye giden köylü, akşam evine, yaşamakta olduğu topluluğa geri döner. Günlük yaşam tarla ile ev, kahve, arada bir uğranılan kasaba ya da komşu köy arasında geçer ve bu anlamıyla günlük yaşam herkesin gözleri önünde cereyan eder. İnsan bu topluluğa aittir. Burada genellikle kendisinden önce de varolan imkanlara ve koşullara göre çalışır ve hüküm süren kurallara göre davranır. Geleneksel (feodal) toplumlarda sınıf, tabaka aidiyeti doğumla tanımlanır ve belli bir yaşam biçimiyle bağlantılıdır. Sahip olunan mal varlıklarının miktarı şu ya da bu biçimde bellidir ve olası davranış biçimleri de ait olunan tabakaya göre kodlanmıştır (bkz., Karrer, 1998, s. 16). Ağa çocuğu olarak dünyaya gelen çocuk ağalığı, çoban çocuğu olarak dünyaya gelen çobanlığı sürdürmeye ve buna uygun davranış biçimleri göstermeye mahkum gibidir.

Türkiye’nin Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgelerinde yakın döneme kadar varlığını sürdüren esas ilişki biçimi sözü edilen geleneksel feodal ilişki idi. Ağa ailesi ortakçı/yarıcı ailesinden tümüyle farklı bir yaşam

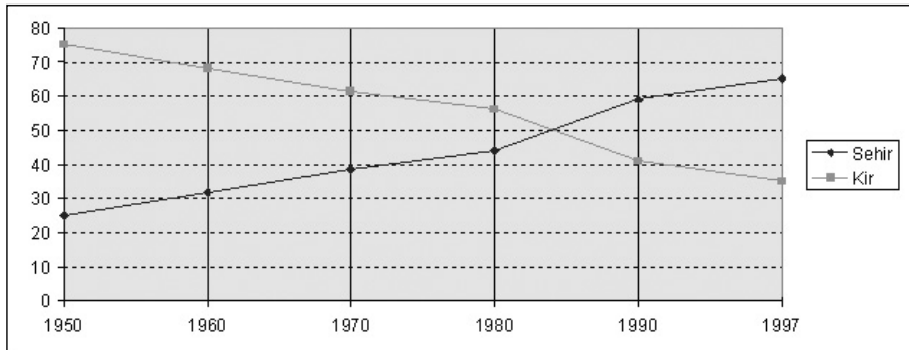
sürerdi. Bir çok bölgede ortakçı/yarıcı ailesi feodal beyin mülkü sayılır, onun topraklarıyla alınıp satılır, yaşam biçimi ve davranış tarzı bu ilişkiye göre şekillenir, kodlanırdı. Bu davranış kodlarına uymamak ayıp ya da suç sayılır, cezalandırılma nedeni olurdu.

Ülkenin geri kalan bölümünde şehirleşmeden önce ancak sınırlı alanlarda bu tür bir ilişki biçimi vardı. Ancak buralardaki hakim ilişki biçimi de gelenekseldi ve aile ve akraba ilişkileri tayin edici önemdedi. Yaşam biçiminin asli belirleyicisi bu bölgelerde de ait olunan aile ve onun imkanları idi.

Hareketlilik (Mobilitaet)

Şehirleşmenin bir sonucu olarak ortaya çıkan coğrafi hareketlilik (geographische Mobilitaet), günlük yaşamdaki hareketlilik (alltaegliche Mobilitaet) ve kent içinde bölge ve ev değiştirme (Fluktuation) olarak sınıflandırılabilir yeni hareketlilik biçimleriyle aile ve yerel çevre ile olan bağlar önemli ölçüde farklılaşmaya uğrarlar.

Türkiye’de 50’li yılların başından beri kırdan şehire, Doğu ve Orta Anadolu’dan Batıya doğru güçlü bir coğrafi hareketlilik (göç) yaşanmaktadır. İstatistiklere göre 1997 yılında Türkiye nüfusunun 1/4’ü doğdukları il dışında yaşıyordu (bkz., Sönmez, 1998, S. 175). Kongar’ın sunduğu verilere göre ise, 1975 -1980 dönemi içinde kırsal alanlardaki nüfus artışı yalnızca %1.3 iken, şehirlerdeki artış %4.4’tür. 1985’ten başlayarak kırsal nüfus mutlak olarak da azalmaya başlamıştır (bkz., Kongar, 1998, s. 549).



Grafik 3. 1950'den itibaren kentsel ve kırsal nüfus oranları

Kaynak: Kongar, 1998, S. 549.

Grafikte görüldüğü üzere, Türkiye’de şehir nüfusunun oranı son 50 yıl içinde %25’den %65’e çıkmıştır. Uzmanlar yüzyılın sonu itibariyle bu oranın %70’e varmış olduğunu tahmin etmektedirler.

Coğrafi hareketliliğin yanında iş bölümünün, modern ulaşım araçları ve ulaşım yollarının gelişmesinin sonucu olarak kentsel alanda yeni türden bir hareketlilik, günlük hareketlilik (Alltagsmobilitaet) ortaya çıktı. Wirkström’ün vurguladığı gibi 2. Dünya savaşından sonra ev içindeki ve yakın çevredeki insan faaliyetleri azalırken, ev dışı ve çevre dışı faaliyetler arttı (bkz., Wirkström, 1991, s. 13). Böylelikle insanların büyük çoğunluğu zamanlarının önemli bir kısmını evlerinin ve mahallelerinin dışında geçirir oldular.

Coğrafi ve günlük hareketliliğe ek olarak şehirde aynı şehir içinde ev ve mahalle değiştirme (Fluktuation) demek olan üçüncü bir hareketlilik biçimi vardır ve özellikle de şehrin oturmamış semtlerinde çok sık gündeme gelir. Köylü kendi evinin genellikle sahibidir ve istisnai durumlar dışında bu evi terketmez. İşinden dolayı böyle bir zorunluluk da yaşanmaz. Oysa şehirde birçok insan kiracıdır. İşyerinin, okulun, alışveriş merkezinin vs. uzaklığına göre, ya da maddi olanaklarındaki değişikliklere göre şehirde yaşayan insan için ev ve mahalle değiştirmek her zaman söz konusudur. Aşağıda ayrıntılarıyla tartışacağım gecekondu olgusu Türkiye şehirlerinde bu tür hareketliliği hızlandıran bir unsur olmuştur.

Göç, kentsel alandaki günlük hareketlilik ve yüksek ev ve mahalle değiştirme oranları, mahalli topluluklarla sıkı ilişkiler kurma ve bunu devam ettirme olanaklarını sınırlar.

Aidietlerin Önemsizleşmesi

Şehirde yaşayan ve ekmeğini herhangi bir işten kazanan insan açısından doğuştan getirilen aidietlerin önemi de azalmaktadır. Artık köken ya da aile ve akrabalık ilişkileri davranışları ve yaşam biçimini belirleyen asli ölçütler olmaktan çıkmaktadır. Belli bir aileden gelmek artık ne belli davranış biçimlerine uyma zorunluluğunu birlikte getiriyor ne de belirli bir konuma ve belirli mal ve mülke sahip olma garantisi veriyor. Aidietler ve kimlikler en azından teorik olarak birey tarafından şekillendirilebilmekte, yani birey hangi gruba (çevreye) ait olmak istediğine, kimle ilişki kurmak istediğine olanakları ölçüsünde kendisi karar verebilmektedir.

Bağların Zayıflaması ve Suç İşleme Eğilimi

Bağların zayıflamasının insanların suç işleme eğilimlerini artırdığı savunulmaktadır. Şehirde aile bağları ve mahalle bağları asgariye inmiştir

ve bireyin aile ya da çevreye karşı sorumluluğunun önemi azalmıştır. Aile ve akraba çevresinden, oturulan çevreden gelecek baskılar azalmıştır ve bunlar artık çoğu kez bireyi suç işlemekten alıkoymaya yetecek düzeyde değildir.

“(Şehrin) büyüklüğü ve heterojenliğin ve hareketliliğin sonucu olarak sosyal ilişkiler değişmekte ve kural olarak daha yüzeysel, anonim ve değişken hale gelmektedirler. Yerleşim biriminde oturanların sayısı arttıkça, insanların birbirlerini tanıma oranları azalmaktadır. İlişkilerde bir tür parçalanma (Segmentierung) ortaya çıkmakta ve insanlar artık ancak belirli roller çerçevesinde birbirleriyle ilişkiye girmektedirler. Yüksek düzeyde heterojenlik ve yoğunluk fiziki olarak yakınlığa yol açarken, sosyal ilişkiyi azaltmakta, ilişkinin biçimi göz kantağına dönüşmektedir.

Bu değişken ve yüzeysel ilişkilerin sonucu olarak şehirli insanın özgürlüğü artmakta, yani insan küçük, homojen köylük alanlarda varolan birincil grupların (aile, komşu) sosyal kontrolünden kurtulmaktadır” (Friedrichs, 1995; s. 145-146).

Kontrol teorilerinin bir alt başlığı olarak kabul edilen sosyal bağ teorileri (Bindungstheorien) suçluluğu bağların zayıflığıyla açıklamaktadırlar:

“Sorumluluk ve suç duygumuzu tanımlayan bu ‘bağın’ kırılma ve zayıflaması ya da nötr hale gelmesi durumunda, suçluluk davranışı beklenmelidir. Bağları olmayan birey ‘suç işleme konusunda özgürdür’ (free to deviate) (Hirschi, 1969, bkz., Kaiser, 1989, s. 95).

Suç işlemiş birey köy toplumlarında yaşam boyu bu eylemiyle bilinir, anılır. Şehirde ise en kötü olasılıkla mahalle değiştirerek bu kötü şöhretten kurtulabilir. Ayrıca insanın bir mahallede iyi ya da kötü bir adının olmasının da köydeki kadar yaşamsal bir önemi yoktur. Günlük yaşamın büyük bir kısmı mahalle dışında geçmektedir ve insanın mahalledeki, hatta aynı apartmandaki insanlarla ilişki kurma zorunluluğu azalmaktadır.

Bağların zayıflaması kontrol imkanlarının azalmasını da birlikte getirir. İnsanlar sadece bağların zayıflığından değil, kontrolün yokluğundan dolayı da suç işlerler. Kontrol teorisi sıradan bir varsayımdan yola çıkar. Buna göre insanların suç işleyecek imkanları varsa suç işlerler. Yani suç davranışı diğer davranış biçimlerinden farklı değildir; Belli bir doyum verir ve getirisi olursa insanlar suç işlerler.

“Suçluluğa yönelik bu ‘doğal motivasyonun’ sonucu olarak, getiri-zarar hesabına göre rasyonel davranan birey, engelleyecek bir kuvvet de yoksa, suç işleyecektir” (Niggli, 1994, bkz. Eisner, 1997, S. 32).

İlişkilerde ve yaşam tarzında sözünü ettiğimiz bu değişiklikler, yani kalıcı, istikrarlı bağların zayıflaması ve hareketlilik sosyal kontrolün (aile

ve yerel kontrol) azalmasına neden olmaktadır. Resmi kontrol (güvenlik güçlerinin kontrolü) ise şehrin yerleşiklik düzeyine ve bölgelere göre değişir ve şehrin henüz oturmamış, organize olmamış bölgelerinde daha zayıftır. Böylece yakalanma, cezalandırılma riski de küçüktür. Sosyal kontrolün ve resmi kontrol imkanlarının sınırlılığı suç işleme oranını artırmaktadır. Yakalanma ve cezalandırılma ya da topluluktan, aileden dışlanma ihtimali azaldıkça suç işlemeyi göze almak kolaylaşmaktadır.

2.1.2. Bağlayıcı Davranış Ölçütlerinin Kaybı/Normların Öznelleşmesi

Geleneksel toplumlarda sadece maddi olanaklar değil, davranış ölçütleri, başka bir deyişle değer ve normlar da ait olunan tabakaya, aileye ya da aşirete göre şekillenmiştir. Normlar gelenekselleşmiştir, nesilden nesile aktarılırlar ve mensup olunan aileye, çevreye göre de bağlayıcıdırlar.

Modern toplumlarda yaşanan bireyleşme sürecinin sonucu olarak bu durum hızla değişmektedir. Normlar ve değerlerin geleneksel ilişkilerde olduğu ölçüde kapsamlı ve yeterli bir şekilde aktarılma imkanı ortadan kalkmıştır. Kentte aileye ek olarak devreye giren çok sayıdaki alt sistem yeni toplumsallaşma biçimleri yaratmakta bağlayıcı davranış ölçütlerinin kaybının ikinci nedenini oluşturmaktadırlar.

Aktarım İmkanının Sınırlanması

Değerlerin ve davranış normlarının aktarılma imkanının sınırlanmasının bir nedeni yukarıda ayrıntılandırmaya çalıştığım bağların zayıflamasıdır. Bir diğer önemli neden de teknolojik ve kültürel alandaki değişimlerin hızındaki artıştır.

“Muhtemelen ilk kez, içinde yaşadığımız yüzyılda insanların değişim temposu, dünyadaki şeylerin hızlı değişimi karşısında yaya kalmaktadır. (Bu değişimin anlam verici bir göstergesi, nesiller arasında sürekli daralan zaman aralığıdır. Babalar ve oğullar arasındaki ‘doğal’ nesil aralığı ölçü olarak alındığında, bir yüzyıla genel olarak üç-dört neslin sığmasından söz edilirdi. Şimdi öyle bir noktaya geldik ki, dört ya da beş yılla bir nesil ayrımı yapılabiliyor)” (bkz., Arendt, 2001, s. 98).

Bu hızlı değişim temposu göçle birleştiğinde daha çarpıcı bir boyut kazanmaktadır. Bir örnek olarak köyden şehire göç eden ve okuma yazma bile bilmeyen bir baba ya da dedeyle internet kullanan torun arasındaki ilişki verilebilir. Yeni duruma ayak uydurmakta oldukça zorlanan dede ya da baba internetçi toruna kendi değerlerini aktarmakta çok zorlanacaktır. Böyle bir çaba genç tarafından da çoğu kez ciddiye alınmayacaktır. De-

ğerleri nesilden nesile aktaran yaşlı bilgelerin yerini şehirde kitle iletişim araçları almaktadır.

Toplumsallaşma Sürecinin Yeni Sistemleri

Geçerli, bağlayıcı davranış ölçütlerinin kaybına neden olan diğer bir unsur yeni toplumsallaşma koşullarıdır. Şehirde toplumsallaşma süreci birbirinden çok farklı değerleri olan farklı sistemler içerisinde yaşanmaktadır.

“Kentsel alandaki farklılaşma sürecinin (işbölümünün) bir sonucu da toplumun her bireyinin ömür boyu tüm günlük yaşamında kişiliğinde önemli izler bırakacak çok farklı kurumların ve örgütlenmelerin (sistemlerin) etkilerine ‘maruz’ kalmasıdır. (...) Her alt sistem kendi özelliğine göre bireyin gelişim sürecinin şekillenmesine ve mensuplarının ya da hizmetinden yararlananların dış dünya ile ilişkilerinin biçimlenmesine etkide bulunur yani bir ‘toplumsallaşma’ unsurudur” (Hurrelmann, 1989, s. 94).

Kırsal alanda kişiliğin şekillenmesinde etkili unsurlar aile, akrabalar ve komşularla sınırlıdır. Şehirde bunlara ek olarak kreş, çocuk yuvası, okul, yurtlar, yerine göre gençlik kulüpleri, TV, basın, internet ve de çok farklı çevrelerden insanlarla ilişki kurma imkanları gelir. Her nesil yeni değer yargıları ve yeni normlarla yetişmektedir. Bununla da kalmamakta aynı şehirde yaşayan aynı nesilden insanlar arasında da yaşanan bölgeye, içinden geçilen alt sistemlerin özelliklerine göre çok farklı değer yargıları ve normlar geçerli olabilmektedir.

Şehirde ayrıca çok farklı kültürel, etnik ve dini kökenden insanlar bir araya gelmektedirler. İnsanların faaliyet alanları da, ilgileri de farklılaşmıştır. Farklı gruplardan, kökenlerden gelen insanlar şehirde kendi değerlerine ve normlarına göre yaşama olanağı da bulabilmekte, kendi alt kültürlerini oluşturmaktadırlar.

Normların Öznelleşmesi ve Suç

Eisner normların bu çoğulluğunu, diğer bir deyişle bağlayıcı davranış ölçütlerinin kaybını değer yargılarının ve normların öznelleşmesi olarak tanımlamakta ve bu öznelleşme eğilimde sorunları şiddetsiz çözüme hakim kodunun devre dışı kalması tehlikesine dikkat çekmektedir.

“Değer yargılarının ve normların öznelleşmesinin sonuç olarak da evrensel şiddet yasağına uyma konusunda etkileri vardır. Bireyin ahlaki normların geçerliliği konusunda bireysel olarak karar verebilme alanının geniş olduğu yerde, şiddetten

kaçınma, sadece iletişim süreçlerinde bu normun evrensel geçerliliği yeniden ve sürekli olarak teyit edilirse beklenebilir. Ancak modern toplumlardaki parçalanma (Fragmentierung), örneğin gençlik alt kültürlerinde şiddetten kaçınma evrensel kodunun en azından kısmen devre dışı bırakılma olasılığını artırmaktadır” (Eisner, 1997, s. 88).

Eisner’in tezi sadece şiddet için değil, diğer suç davranışları için de geçerlidir. Bulunulan çevre, yakın durulan alt kültür ya da medya suç davranışını onaylıyorsa, bu tür davranışlar grup içinde sempati ve övgüyle karşılanıyorsa, ya da erkekliğin bir kanıtı olarak kabul ediliyorsa gençler kolaylıkla suç işleyebilirler.

Girişte de vurgulandığı gibi gençlerin (ergenlerin) durumları daha özeldir. Onların henüz mutlak olarak içselleştirdikleri değerler yoktur, etkilere yetişkinlere göre daha açıktırlar, akranlarının davranışlarına uymayı çok önemserler. Onları suç işlemekten alıkoyacak aile ve çevre desteğinin ya da kurumsal desteğin yokluğu durumunda rahatlıkla suç işleyebilirler. TV’de her gün şiddeti yaşayan gençleri çevreden uyaracak, destek olacak, onlarla diyalog kurup belli normların geçerliliğini anımsatacak birileri yoksa Eisner’in vurguladığı gibi şiddet davranışı göstermeleri ya da genel olarak suç işlemeleri şaşırtıcı değildir.

2.1.3. Seçim Biyografyaları ve Kendi Kaderine Terkedilmişlik

Geleneksel toplumlarda insanların kural olarak meslek, evlilik, iş yeri, ikamet yeri gibi konularda karar vermeleri gerekmiyordu. Bireysel biyografyalar az çok doğuştan itibaren belliydi. Gelecek genel olarak şimdiye kadar olanın devamı idi ve bireylerin farklı bir gelecek kurma olasılıkları çok sınırlıydı (bkz., Karrer, 1998, s. 20).

Bireyselleşme sürecinde ise yaşam biçimleri değişmekte ve bireysel biyografyaları seçme ve şekillendirme şansı artmaktadır.

“Bu anlamda bireyselleşme insan biyografyasının verili koordinatlardan çözümlenmesi, açık, bireysel seçime bağlı hale gelmesi ve şekillenmesinin bireyin önüne bir ödev olarak çıkmasıdır. Yaşamın seyrinin ilke olarak bireysel karardan bağımsız olan kısmı azalırken, seçime bağlı, bireysel olarak şekillendirilecek bölümü artmaktadır” (Beck, 1986, s. 112).

Geçmişte veri olan bir çok şeyin bugün kararlaştırılması ve uğrunda mücadele edilmesi gerekmektedir. Prensip olarak sosyal statü de maddi olanaklar da herkes için elde edilebilir hale gelmektedir. Birey okul ve meslek seçimi, evlenip evlenmemek, çocuk yapıp yapmamak, yaşayacak yer, arkadaşlık, dinleyeceği müzik, giyeceği elbise, gireceği çevre vs. ko-

nusunda bizzat karar vermek zorundadır. Biyografya şimdi önemli ölçüde insanların çoğu kez tek başlarına vermek zorunda kaldıkları bu kararlarla şekillenmektedir.

Ancak bu kararları alabilmek, uygulayabilmek ve umulan sonuçları alabilmek, belli bir donanıma ulaşmayı, yoğun bir çabayı ve imkanların varlığını gerektirmektedir. Seçme imkanlarının artmasına paralel olarak seçme yükümlülüğü ve baskısı da tarihsel olarak yeni olan bir boyut kazanmaktadır (Beck ve Beck-Gernsheim, 1994, bkz., Karrer, 1998, s. 15). İnsanların başarı ya da başarısızlığında artık esas olarak aidiyet kriterleri (aile, sülale vs.) değil, kendi çabaları belirleyici olmaktadır. Bu anlamda birey kendi kaderine terkedilmiş ve bireyselleşmeye “mahkum edilmiştir”.

“Eğilim, insanların - ayakta kalabilmek için - kendi yaşamlarını planlama ve bu yaşamın merkezi olmaya zorlayan bireyselleşmiş varoluş biçimleri ve varoluş durumlarının gelişmesi yönündedir” (Beck, 1986, s. 116-117).

Seçim Biyografyaları ve Suç

Bireyselleşmenin ortaya çıkardığı bu devasa sorumluluğun -birey olarak yaşamı planlama ve şekillendirme sürecinin merkezi olma sorumluluğunun- üstesinden gelebilmek sahip olunan donanıma bağlıdır. Bu ise, çocukluğunda yetilerini geliştirememiş, donanımları sınırlı ve maddi olarak da kötü durumda olan gençlerin toplumda kendilerine yer edinmelerinin ve rahat bir yaşam sürmelerinin zor olacağı anlamına gelir. Olanakları sınırlı ergenler için sözü edilen bu seçme baskısı özgüvenin azalmasına ve gencin yaşamına yön vermek konusunda çıkişsız kalmasına (Orientierungslosigkeit) yol açabilir.

“Bireyselleşmiş toplumlarda, geçiş dönemlerinin (özellikle çocukluktan yetişkinliğe geçiş aşamasının) üstesinde gelinmesi, güvenli bir kimliğin oluşması, yaşam biçimlerine ilişkin tasarımların oluşturulması, kendini yönlendirme (Selbststeuerung) yetisinin derecesine bağlıdır. Paradoksal olarak modern insanın özerk, bilinçli ve kendini yönlendirebilen birey olmasına yapılan vurgu istikrarlı kimliklerin oluşumunu zorlaştırıp, yeni eşitsizlikler üretmektedir. (...) Aldıkları iyi eğitim, güvenli iş yerleri ve sosyal ilişkileri sayesinde modern toplumların çekirdek gruplarına ait olanlar için özgürlüğün genişlemesi ve geleneklerden kurtulma demek olan bu süreç, yeterli donanımları olmayanlar için (doğrudan suçluluğa yol açabilecek) bir çıkişsızlık ve dışlanma nedeni olmaktadır” (Eisner, 1997, s. 88).

Bu koşullar altında seçim biyografyaları kolaylıkla kopuş biyografyalarına dönüşebilmektedir. Bireyselleşme ile birlikte kolektif izah olanakları da azaldığı, “biz” kavramı önemini yitirip, karar ve izah kavramı olarak

"ben" kavramı ön plana çıktığı için, uğranılan başarısızlıkları kader, sosyal eşitsizliğin sonucu ya da bir sınıfa, aileye mensubiyetle açıklamak da güçleşmektedir. Hatta toplumsal krizler ve sorunlar bile bireysel sorunlarmış gibi gözükmekte ve toplumsallıkları ancak sınırlı ölçüde ve ancak birilerinin bu boyutuna vurgu yapması durumunda, yani dolaylı olarak algılanmaktadır (bkz., Beck, 1986, s.118). Başarısızlık durumlarında toplum değil tek başına birey sorumlu görülmekte ve birey olarak başarısızlığa uğramış olma duygusu yoğunlaşmaktadır.

Başarısızlığa uğramış olmak ve toplumda bir yer edinmemek ve bunları kolektif bir nedenle açıklama imkanının yokluğu suçluluğun önemli bir nedenini oluşturmaktadır. İleride de değineceğim anomi teorisinin bir değişkesini sunan Merton kültürel yapı ile toplumsal yapı arasında ayırım yapmakta ve kültürel olarak tanımlanmış hedeflere varolan toplumsal yapının sunduğu yasal imkanlarla ulaşma şansının azalması oranında suç işleme olasılığının arttığını vurgulamaktadır (bkz., Kerscher, 1985, s. 39).

Türkiye'de islahevlerindeki hükümlü gençlerin %86'sının eğitimlerini tamamlayamamış çocuklar olmaları tesadüf değildir. Bunların çoğunluğu ortaokula başlamış, ancak devam edememişlerdir (bkz., Devlet İstatistik Enstitüsü, 1998b, s. 197). Bunların biyografyalarında bir kopuş ortaya çıkmıştır ve okul eğitiminin önemine ve başarıya yapılan vurgu ile bu hedeflere ulaşmanın imkansızlığı arasındaki gerilim, gençleri yaşamak zorunda kaldıkları bu gerilimi hafifletmek için başka yollar aramaya itmiştir. Bunlardan bir kısmı da, tabii başka faktörlerin de katkısıyla, bu gerilimin çözümünü suç işlemekte aramışlardır.

Şimdiye karar bireyselleşmeyi şehirleşmenin bir sonucu olarak tartışıp suçluluk davranışı ile ilgisini kurmaya çalıştım. Gelecek bölümde şehrin suçluluğu kolaylaştıran, duruma göre de teşvik eden özelliklerini tartışacağım.

2.2. Şehre Faktörler ve Suç

Girişte nüfusun %65'inin şehirlerde oturmasına rağmen suç zannıyla gözetim altına alınan gençlerin %92.6'sının şehirde oturduğu vurgulanmıştı. Aynı kaynağın verilerine göre 1997 yılında göz altına alınan (12-18) yaş arası gençlerin %3.3'ü jandarma %96.7'si ise polis tarafından göz altına alınmıştır. Zanlı çocuklardan şehirde oturanların oranı (%92.6) ile şehirde (polisçe) yakalananların oranı (%96.7) arasındaki fark, kırsal kesimde oturan bir kısım gencin de suç yeri olarak şehri seçtiğine işaret etmektedir (bkz., Devlet İstatistik Enstitüsü, 1998a, s. 42).

Antalya’da yapılan bir araştırma Türkiye çapındaki bu verilere ek bir boyut getirmektedir. Araştırmaya göre; gençlik suçları şehir merkezinde yoğunlaşmaktadır. Mayıs 1994 ile Mayıs 1995 arasında Antalya’da gözetim altına alınan 225 küçüğün³ büyük bir kısmı (%28.9) Şarampol Karakolu’nca yakalanmıştır. Şarampol Karakolu şehrin merkezinde bulunmaktadır. Büyük alış-veriş merkezleri ve çok sayıda büronun da bulunduğu merkez gündüz şehrin en kalabalık yeridir (Karagöz, 1995, sayfa numarasz).

Yukarıdaki bölümde modernleşmenin ve kentleşmenin bir sonucu olarak ortaya çıkan ve bireyselleşme kavramı altında özetlenen değişiklikleri tartışıp, bunların suç işleme eğilimi ile bağlantısını kurmaya çalışmışım. Orada söz konusu olan insan davranışları, yani kentleşme sürecinin insan davranışlarına etkisi ve bunun suç işleme eğilimleri ile ilintisi idi.

Burada ise içinde yaşayan insanların kişisel özelliklerinden bağımsız olarak varolan şehre ait ve suç işlemeyi kolaylaştıran unsurları sözkonusu edeceğim.

Ülkeden ülkeye ve şehirden şehire geçişse de aşağıdaki fakörler, şehre ait, şehri suç işlemeye elverişli kılan, çekici yapan unsurlar olarak ön plana çıkmaktadırlar.

2.2.1. Suç İşlemek İçin Gerekli Hedeflerin Varlığı

Köyden farklı olarak şehir potansiyel suçlu için çok sayıda hedef sunar. Bir yandan çok sayıda çekici vitrin, elini uzatsan ulaşabileceğin ve göze batacak, çekiciliği artıracak şekilde sergilenen bir çok yiyecek ve mal, öte yandan yabancıyı, suçluyu tanıma olasılıkları bulunmayan, kamusal alanlarda (parklarda, sokaklarda, hatta otobüste ve trende) korumasız durumdaki çocuklar ve de bir çok durumda fiziki olarak daha güçsüz olan kadınlar. Bu alanlarda daha önce de vurgulandığı gibi zorunlu bir fiziki yakınlığın varlığına rağmen sosyal ilişki ve dolayısıyla sosyal kontrol sınırlıdır. Bu hedef bolluğu kontrol imkanlarının sınırlılığıyla biraraya gelince önemli bir suç nedenini oluşturmaktadır.

³ 1978’de çıkarılan 2253 sayılı Çocuk Mahkemeleri’nin kuruluşunu düzenleyen yasada 12-15 yaş arası ergenler Küçükler olarak adlandırılmaktadırlar. Aynı yasada 11 yaşın altındaki grup Çocuklar ve 15-18 yaşlar arasındaki grup ise Gençler olarak adlandırılmaktadır.

Çocuk Mahkemeleri Kuruluş Yasası esas olarak bu yaş grubunun yargılanması ile ilgili düzenlemeler yapmaktadır. Bu düzenlemelerden biri haklarında dava açılan küçüklerin tümünün cezai ehliyetlerinin tespiti için adli tıp tarafından muayenelerini öngörmektedir. Bu nedenle bu yaş grubundaki ergenler üzerine adli tıp doktorlarınca yapılmış çok sayıda inceleme vardır.

2.2.2. Şehrin Mimarisi ve Suç

İkinci bir unsur şehrin mimarisidir. Şehrin planlı bir şekilde yapılıp yapılmadığı, sokakların darlığı ya da genişliği, aydınlatılma dereceleri, trafiğin akış hızı suçluluğu artıran ya da azaltan unsurlardır. Türkiye’de bir çok hırsızlık ya da gasp olayı trafiğin sık sık tıkağdığı yerlerde, dar ara sokaklarda ve bunlara açılan caddelerde gerçekleşmektedir. Hırsız neredeyse durmakta olan otoyola yaklaşmakta, kapıyı açıp koltuğun üzerinde bulunduğu şeyi alıp kaçmaktadır. Yandaki dar ara sokağa girebilmek ise, yakalanma riskinden kurtulmak anlamına gelmektedir.

2.2.3. Şehirdeki İlişkilerin Taşıdıkları Çatışma Potansiyeli

Kırsal alandaki yaşamda insanlar fiziki olarak çok içiçe yaşamazlar. Apartman hayatı yoktur, herkes kendi tarlasında çalışır, beraber binilen ulaşım araçları vs. sınırlıdır. Ayrıca kırsal kesimde günlük yaşamın ritmi yavaş ve ilişkiler belirli sayıda insanla sınırlıdır. İnsanlar birbirlerini tanırlar ve herkes kime karşı nasıl davranacağını bilir.

Şehirde birlikte yaşam biçimi değişir. Günlük yaşamda çok sayıda ve farklı insanla ilişkiye girilir. Diğer insanlarla aynı apartmanda, aynı büroda, aynı otobüste, aynı sokakta karşılaşılır. Ancak insanlar bu fiziki yakınlığa rağmen sosyal olarak yakın değildirler, birbirlerini tanımazlar. Yoğunluk ve heterojenlik fiziki yakınlıkla birlikte ilişkilerde mesafeyi (anonimliği) birlikte getirir (bkz., Friedrichs, 1995, s. 145). İnsanlar arasındaki doğrudan, sözel iletişim azalır ve yerini semboller ve kurallara bırakır. Şehir hayatı esas olarak birbiriyle doğrudan ilişkiye girmeyen, giremeyecek olan insanların aralarındaki ilişkileri şekillendiren bu semboller ve kurallarla düzenlenir. Günlük hayatın çatışmasız, kavgasız yürümesinin koşulu sözü edilen sembollerin ve kuralların varlığına ve herkes açısından anlaşılabilir, algılanabilir biçimde formüle edilmelerine bağlıdır. Bu ise şehrin belli bir örgütlülük düzeyinde olmasını gerektirir. Örgütlülük düzeyinin düşüklüğü kentsel alanda çelişkilerin ve duruma göre de suçun nedenlerinden birini oluşturur.

Hızlı ve düzensiz şehirleşmenin sonucu olarak Türkiye kentlerinin örgütlülük düzeyi düşüktür. Türkiye’deki şehir yaşamından bu konuda çok sayıda örnek verilebilir. Örneğin; İstanbul’da şehir içi hızın kaç kilometre olduğunu gösteren tabela yok gibidir. Şehir bu yaşam biçiminin gerektirdiği semboller ve işaretlerle donatılmamıştır. Yine sokaklarda yaya geçitlerinin sayısı çok sınırlıdır. Sokaktan karşı karşıya geçmek özel bir alışkanlık, yetenek ve performans gerektirmektedir ve sık sık otomobil sürücüleriyle yayalar arasında kavgaya neden olmaktadır.

Bir başka örnek apartman hayatının düzenlenmesi konusundadır. Herhangi bir Avrupa kentinde kira sözleşmesi imzalayan birey, sözleşmeyle birlikte mutlaka apartmandaki yaşamı düzenleyen kuralların yazılı olduğu bir broşür alır. Broşürde hangi saatlerde banyonun kullanılmayacağından, çamaşırın nereye asılacağına, kedi köpek bulundurulup bulundurulmayacağına vs. dair birçok kural vardır. Anlaşmazlık durumunda ise başvurulacak merci belirtilmiştir. Apartmanlarda uzun boylu sorun çıkmaz ve çıkan sorunlar kısa sürede genellikle önceden konulmuş kurallara göre, kavgasız halledilir. Apartman hayatına geçilmesine rağmen bu derece örgütlü olmayan Türkiye’de bu imkan çoğu kez yoktur ve sorunlar iyi niyetle halledilemezse kavgaya çıkar.

Kısacası sembollerin ve kuralların yokluğu keyfi davranışlar için alan yaratmakta, suç işlemeyi teşvik etmektedir. Ek bir sorun ise varolan sembollerin, yazı ve semboller dünyasına yeni giren göçmenlerce yeterince algılanamamasıdır.

O halde bireyselleşme sürecinin yanında şehre içkin faktörler de kentsel alandaki suçluluğu etkilemektedirler. Muhtemel hedeflerin varlığı şehri potansiyel suçlular için çekici kılmakta, günlük yaşamı düzenlemesi gereken kuralların ve sembollerin yokluğu, ya da yetersizliği insanlar arasındaki ilişkileri çatışmalı hale getirmekte ve şehrin mimarisi de anonimlikle birlikte potansiyel suçlular üzerindeki sosyal ve resmi kontrolü azaltmaktadır. Ergenlerin suç işleme eğilimleri üzerinde bu faktörlerin tümü aynı şekilde etkili olmaktadır.

2.3. Türkiye’de Şehirleşmenin Biçimi ve Sonuçları

Bu bölümün ilk kısmında Türkiye’deki şehirleşme sürecini ve bunun sonuçları olan gecekondulaşma, şehirlerde daha da adaletsiz olan gelir dağılımı ve daha yüksek olan işsizliği söz konusu edip, ikinci kısımda suç işleyen ergenlerin oturdukları ve doğdukları yerlerden yola çıkarak şehirleşmenin bu özel biçiminin gençlik suçluluğuna etkisini inceleyeceğim.

Yukarıda da belirttiğim gibi Türkiye’deki şehir nüfusunun oranı son 50 yıl içerisinde % 25’den % 65’e yükselmiştir. Bu artış hızıyla Türkiye dünya çapında şehirleşmenin en hızlı olduğu ülkedir. Devlet Planlama Teşkilatı’nın bir raporuna göre Türkiye 90’lı yıllarda % 4.9’luk şehirleşme hızıyla Çin (% 4.5) ve Meksika’dan (% 3.0) önce gelmektedir. Almanya da ise bu hız % 0.7 ile çok mütevazı bir düzeyde kalmaktadır (Devlet Planlama Teşkilatı, 1996, s. 201). Böyle hızlı bir şehirleşmenin kentsel alanda olumsuz sonuçlar doğurması kaçınılmazdır. Bu sonuçlardan birisi de gençlik suçluluğudur.

2.3.1. Türkiye'nin Kentleşmesinin Özel Biçimi

Türkiye'de ellili yıllardan beri yoğun bir iç göç, altmışlı yıllardan beri de Avrupa'ya dönük dış göç yaşanmaktadır. Günümüzde Avrupa'da üç milyon civarında Türkiye kökenli insan yaşamaktadır ve bu Türkiye nüfusunun yaklaşık % 5'ine tekabül etmektedir.

İç göç ise sadece kırsal alandan şehirlere değil, özellikle Doğu ve Güney Doğu Anadolu'dan olmak üzere, Orta ve Kuzey Anadolu'dan Batıya ve Güney'e doğru olmaktadır. Doğu, Orta ve Kuzey Anadolu'daki şehirlerin nüfusu, Diyarbakır gibi istisnalar bir yana bırakılırsa çok artmamaktadır. Yani, Kars'ın köylüleri Kars kentine değil, aynen Erzincan köylülerinin ya da Tunceli köylülerinin yaptığı gibi batı ya da güneydeki büyük kentlere göçmüşlerdir. Bu nedenle Türkiye'de sadece bir şehirleşmeden değil, bir "Batıya kayıştan" da söz etmek gerekmektedir.

2.3.2. Göçün Nedenleri/İtici ve Çekici Faktörler

Hem iç hem de dış göç için etkili olan belli faktörler vardır. Süreci başlatan, İkinci Dünya Savaşı sonrası liberalleşme ve tarımın makineleşmesi olmuştur. Tarımın makineleşmesi kırsal alandaki iş gücünün belli bir kısmını gereksiz hale getirmiştir. İkinci bir unsur olarak tarımsal alandaki düşük verimlilik gösterilmektedir. Tarımdaki gelirin düşüklüğü ve toprağın eşitsiz dağılımı köylüleri terke zorlamaktadır. Emre Kongar üçüncü bir öge olarak Türkiye'deki ekilebilir toprakların sınırına ulaşılmış olmasını vermektedir (bkz., Kongar, 1998, s. 551-552).

Dördüncü bir öge Türkiye'nin Güney Doğusunda on beş yıl süren küçük çaplı savaştır. 1984 ile 1987 yılları arasında 735 köy ve 1535 mezra tamamen, 235 köy ve 141 mezra kısmen boşaltılmıştır (Dörtkardeş, 1997, bkz., Kongar, 1998, s. 297). Yine Kongar'ın aktardığı verilere göre bu yıllar arasında 370'000 kişi köyünü terk edip, şehre göçmüş ve bunların bir çoğu hala geri dönememiştir. Birçok kaynak göç etmek zorunda kalan insan sayısının verilen rakamların çok üstünde olduğunu iddia etmektedir. İnsanlar önce yakın kasabalardaki, kentlerdeki akrabalarına sığınmış, olanak bulanlar Batıya doğru yollarına devam etmişlerdir.

Yukarıda sayılan ögeler, insanları kırsal alanı terketmeye zorlayan itici ögeler (Push-Faktoren) olarak adlandırılabilirler.

Kentleşme sürecinde etkili olan bir de, şehire göçü, şehirde yaşamayı çekici kılan çekici ögeler (Pull-Faktoren) vardır. Bunlar arasında daha iyi iş koşulları, endüstrileşmenin bir sonucu olarak daha yüksek ücretler, daha iyi sağlık, okul ve eğitim imkanları sayılabilir. Bunlara ek olarak kültürel ve

tarihsel bir takım etkenler de genel olarak kente, özel olarak da İstanbul'a göçü teşvik etmektedir:

"İstanbul'un taşı toprağı altındır, ya da 'büyük kentlerde kerahet de keramet de boldur' gibi halk deyişleri, Türkiye'de büyük kentlerin çekiciliğini belirleyen sözlerdir. Halkın büyük kent yaşamına duyduğu imrenmenin ardında, büyük bir olasılıkla, İmparatorluk döneminde İstanbul halkının sahip olduğu önemli ayrıcalıklar (örneğin, İstanbul halkı askerlik yapmazdı) yatar" (Kongar, 1998, s. 553).

Türkiye'de kentleşme özel olarak endüstrileşmenin doğrudan bir sonucu olmasa da, gerek devlet gerekse kamu yatırımlarının Batı illerinde yoğunlaşması göçü artıran bir unsur olmuştur.

"Gerek kamu, gerekse özel kesim yatırımları, bu gelişmiş on ilde (İstanbul, Ankara, İzmir, Adana, Kocaeli, Zonguldak, Eskişehir, Aydın, İçel ve Bursa) yoğunlaşmaktadır. Bu illerdeki kamu yatırımları, bütün Türkiye'deki kamu yatırımlarının beşte ikisi dolayındadır. (...) Öztörün, 1990'lı yıllara girerken, Türkiye'nin kaba yurt içi ürününün yaklaşık yarısını, İstanbul yüzde 22.02, İzmir yüzde 8.6, Ankara yüzde 7.28, Kocaeli yüzde 4.2, Bursa yüzde 3.56 ve Adana yüzde 3.21 (toplam yüzde 48.85) olarak, altı ilin oluşturduğunu saptamıştır" (Kongar, 1998, s. 557).

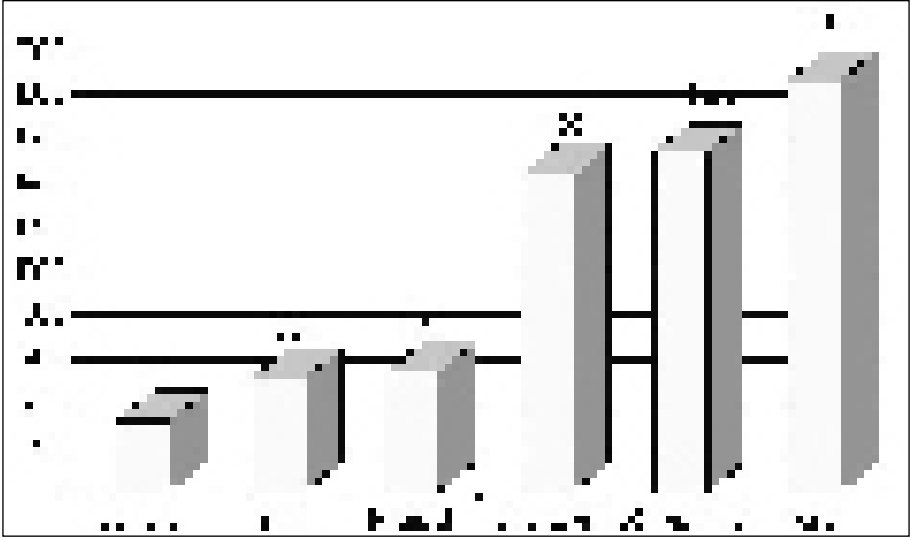
Bu gelişmenin arka yüzü, Türkiye'nin diğer kesimlerindeki gelir düzeyinin düşüklüğü ve hizmetlerin sınırlılığıdır. Bu gelişmenin bir göstergesi olarak çeşitli şehirlerde doktor başına düşen insan sayısını vermek istiyorum. Batıdan uzaklaşıp, içlere ve Doğu ve Güney Doğuya gidildikçe, bir doktorun bakmak durumunda kaldığı insan sayısı artmakta ve sağlık hizmetlerinin kalitesi azalmaktadır.

Kısaca batı ülkelerinde kentleşme esas olarak endüstrileşmenin (çekici faktörlerin) bir sonucu iken, Türkiye'deki kentleşme itici faktörlerin bir sonucu olmuş, bu anlamda kentleşme *"batıya kayma"* gibi özel bir görünüm kazanmış ve başından itibaren süreç suç işlemeyi teşvik edici sorunları birlikte getirmiştir. Şimdi kısaca bu sorunları tartışacağım.

2.3.3. Göçün Sosyoekonomik Sonuçları

Kentlerde alansal ayrışma (raeumliche Segregation), gecekonduların ortaya çıkışı

Türkiye'deki hızlı ve plansız şehirleşme gecekondu olgusuna yol açmıştır. Gecekondulaşma İkinci Dünya Savaşı'nın hemen sonrasında, şehirleşmeye paralel olarak ortaya çıkmış ve 1948 yılından itibaren de siyasi bir sorun olmaya başlamıştır. Aynı yıl bir yasal düzenlemeyle bu tür evlerin yapımı yasaklanmıştır. Ancak yasağın pratik bir etkisi olmamış ve şehre



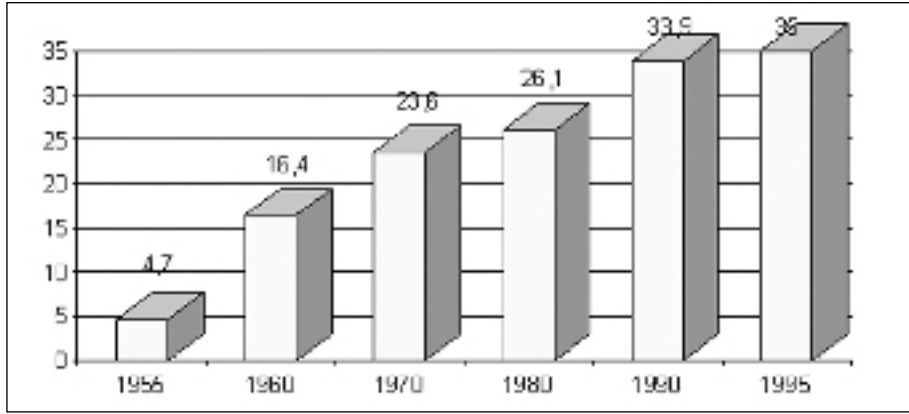
Grifik 4. Türkiye'nin çeşitli şehirlerinde doktor başına düşen insan sayısı
Kaynak: Sönmez, 1998, S. 286-287

akına paralel olarak gecekonduların bölgeleri genişleyip, kentlerin önemli bir parçası haline gelmiştir. Keleş'in verilerine göre 1995 yılında şehir nüfusunun %35'i gecekondularda yaşamaktaydı. Bu oran büyük şehirlerde daha da yüksektir (Keleş, 1996, bkz., Kongar, 1998, s. 565).

Yasadışı olarak yapılan evler zamanla şehrin önemli bir bölümünü oluşturdukları için arada bir çıkarılan aflarla yasallaştırılmışlardır.

Gecekondular mahallerinde ilk dönemler her şey eksikti. Ne alt yapı ne okul ne de diğer kurumlar mevcuttu. Zamanla belli eksiklikler giderilip, altyapı hizmetleri getirildi. Ama gecekondular hala şehirlerin işsizlik oranının yüksek, gelir düzeyinin düşük, merkeze ve işyerlerine ulaşımın zor, oyun alanlarının, gençlik merkezlerinin, dinlenme alanlarının az olduğu ya da bulunmadığı oturmamış, bakımsız bölgelerdir.

Zamanla gecekonduların bölgeleri değişmeye, eski gecekonduların bölgelerinde de altyapısı olan apartmanlar yükselmeye başlamıştır. Bu yolla bazı gecekonduların statü değiştirilerek apartman sahibi olup, tabaka değiştirirken, eski gecekonduların bir kısmı, şehrin yoksulları ve yeni göçmenler, yeni gecekonduların alanlarına ya da şehirlerin bakımsız kalmış eski bölgelerine doğru kaymaktadır. Bu anlamda gecekonduların bölgeleri yukarıda sözünü ettiğim ev ve mahalle değiştirme biçimindeki hareketliliğin (Fluktuation) özel bir nedenini oluşturmaktadır.



Grafik 5. Gecekondu nüfusunun kentsel nüfusa oranı
Kaynak: Keleş, 1996, aktaran: Kongar, 1998, s. 566.

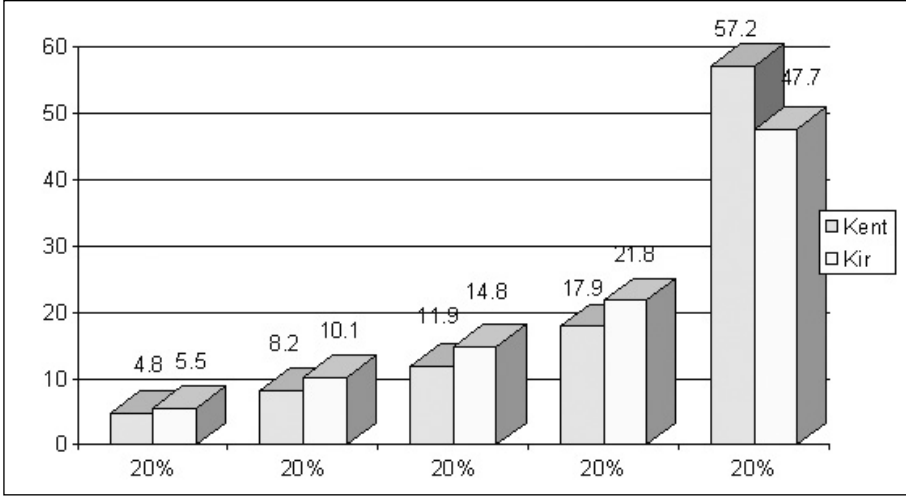
“Örneğin 1990’lı yılların sonuna doğru İstanbul’un eski gecekondu bölgelerinden Ümraniye’de, ilk yerleştikleri mahallede oturanların oranı sadece %20 olarak saptanmıştır” (Erder, 1996, aktaran Kongar, 1998, s. 570).

Yani bütün şehirlerde varolan ev ve mahalle değiştirme biçimindeki hareketlilik, şehrin önemli bir kısmını gecekonduların oluşturması dolayısıyla genel olarak Türkiye’de özel olarak da Türkiye’nin büyük şehirlerinde daha yoğundur.

Şehirlerde Daha Adaletsiz Olan Gelir Bölüşümü

Şehirlerdeki gelir bölüşümü kırsal alandan daha adaletsizdir. Örneğin şehirlerdeki %20’lik üst tabaka gelirin %57.2’sini alırken, kırlarda en varlıklı % 20’lik kısım gelirin daha az olan bir kısmını, %47.7’sini elde etmektedir. Gecekonduların yoğun olduğu büyük şehirlerde bu dengesizlik daha belirgindir. Örneğin; İstanbul’da halkın en varlıklı %20’lik kısmı, gelirin %64’ünü almaktadır.

Türkiye’de gelir dağılımını yoksullar lehine düzelterek ciddi bir önlem alınmamaktadır. Gelir düzeyi yetersiz olanlar için sosyal yardım, işsizlik sigortası yoktur. Halkın hala önemlice bir kesimi için yaşlılık sigortası da bulunmamaktadır (bkz., Devlet Planlama Teşkilatı, 1996, s. 188). Şehirde aile bağlarının zayıfladığı ve kırsal kesimden farklı olarak kendi geçimini topraktan temin etme olanaklarının ortadan kalktığı da düşünülürse, eşitsiz gelir bölüşümünün şehirlerde daha büyük bir sorun oluşturduğu anlaşılır. Şehirlerde çöp kutularını karıştırıp, yiyecek ya da satacak bir şeyler arayan yaşlıların varlığı bu durumun acı bir göstergesidir.



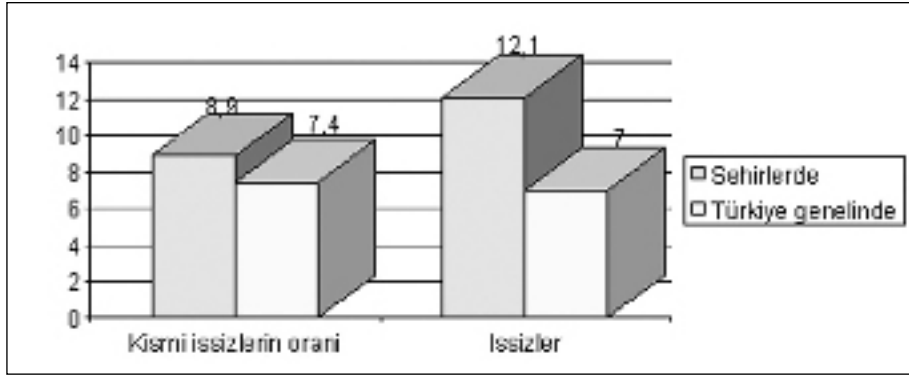
Grafik 6. Kentlerde ve kırsal alanda gelir bölüşümü.

Kaynak: Sönmez, 1998, S. 131 ve Kongar, 1998, s. 637.

Kentlerdeki Daha Yüksek İşsizlik Oranları

Türkiye'deki kentleşmenin ortaya çıkardığı sorunlardan birisi de şehirdeki işsizlik oranlarının kırsal alandan daha yüksek olmasıdır. Türkiye'de işsizlik sigortası bulunmadığı için işsizlerin gerçek sayısını tespit etmek zordur ve varolan istatistikler yeterli değildir. Eldeki resmi verilere göre Türkiye genelinde işsizlik oranı yaklaşık %14 civarındadır. Kısmi işsizlerin Türkiye ortalaması %7.4 iken, şehirlerde bu oran %8.9'dur. Hiç bir işi olmayanların oranı Türkiye genelinde %7 iken, şehirlerde %12.1'dir. Toplam işsizlik açısından bakıldığında Türkiye çapında bu rakam %14.4 iken, şehirlerde %21'i bulmaktadır.

Yukarıda vurgulandığı gibi Türkiye'de işsizlik sigortası yoktur. İşsizler aile ve akrabaların desteğine muhtaçtırlar. Ancak bu bağlar şehirlerde artık eskisi kadar güçlü değildir. Ayrıca ailenin diğer fertleri arasında da işsizlerin bulunması yüksek bir olasılıktır.



Grafik 7. Türkiye genelinde ve kentlerde işsizlerin oranları.

Kaynak: Devlet Planlama Teşkilatı, 1996, S. 175-176.

2.4. Hızlı ve Plansız Kentleşmenin Bir Ürünü Olarak Çocuk Suçluluğu

2.4.1. Gecekondu ve Düşük Gelirli Ailelerin Çocukları Arasında Suç İşleme Oranı Daha Yüksektir

Suç işleyen çocuklar çoğunlukla gecekondu bölgelerinde ya da şehirlerin sosyo ekonomik düzeyi düşük bölgelerinde oturmaktadır. 1990-1993 yılları arasında İzmir Çocuk Mahkemesi'ne çıkarılan 2466 küçük üzerinde yapılan araştırmaya göre, bunların %80'inin gecekondu bölgelerinde ya da kısmen gecekonduardan oluşan bölgelerde oturdukları tespit edilmiştir (bkz., Hancı, 1995, s. 55-62)⁴. Antalya'da yapılan benzer bir araştırma İzmir'deki araştırmanın sonuçlarını doğrulamaktadır. Karagöz'ün araştırmasına göre haklarında bilgi toplanan 225 küçüğün büyük çoğunluğu gecekondu mahallelerinde oturmaktadır (bkz., Karagöz, 1995, sayfa numarasız).

Peki gecekondu gençler arasında suç işleme oranı neden daha yüksektir?

Çalışmanın ilk bölümünde kentsel alandaki suçlulukla ilgili olarak kontrol ve sosyal bağlar teorisine değinmiştim. Şehirlerin sosyoekonomik düzeyleri düşük bölgelerinde gençleri kontrol etme olanaklarının sınırlılığı önemli bir suçluluk nedenidir. Eisner konuyla ilgili iki önemli unsura değiniyor;

⁴ Yukarıda belirtildiği gibi 1995 yılında Türkiye genelinde şehir nüfusunun % 35'i gecekondu bölgelerinde oturmaktadır (bkz., Keleş, 1996, aktaran Kongar, 1998, s. 565. 566).

“Birinci olarak bölgenin sosyo ekonomik statüsünün düşüklüğü sosyal kontrol imkanlarının daralmasına ve entegrasyonun zorlaşmasına neden oluyor. Gençlerin sosyal kontrolü için gerekli olan koşullar yoktur ve boş zamanı değerlendirme imkanları daha azdır. İkinci olarak bir bölgedeki ev değiştirme sıklığı (Fluktuation) anonimliğin artmasına, yerel ilişki ağlarının kurulması olanaklarının zayıflamasına neden olmakta ve böylece de sosyal kontrol imkanlarını sınırlamaktadır” (Eisner, 1997, s. 36).

Bu bölgelerde yaşayanlar genellikle ucuz işgücü kaynağını oluşturdukları için sık sık ailenin yetişkin bütün bireyleri çalışmakta, çocuklar okul sonrası yalnız kalmaktadırlar. Çocukların okul sonrası gidecekleri, boş zamanlarını geçirecekleri kurumlar yoktur. Bölgedeki ev değiştirme sıklığı kalıcı ilişkilerin, yerel ağların kurulmasını engellemektedir. Böylelikle ergenlerin üzerindeki sosyal kontrol zayıflamakta ve bunlar sonuçta kolaylıkla suça itilebilmektedir. Bu yaklaşıma göre, yüksek suç işleme oranı hızlı ve plansız şehirleşmenin, gecekondulaşmaya (desorganize merkezlere) neden olan bu biçiminin bir sonucu olarak anlaşılmaktadır.

Bir başka açıklama ise, suçluluğu toplumsal olarak belirlenen hedeflerle, bu hedeflere ulaşmak için varolan imkanlar arasındaki uçurumla açıklayan ve birinci bölümde değindiğim anomi teorisi sunmaktadır. Merton Amerikan toplumundaki bu uçurumdan yola çıkarak şu tezi sunmaktadır;

“Görel olarak daha katı bir sınıf ayrımı, bir kast düzeni, insanların şanslarını bugünkü Amerikan toplumunda olduğundan daha fazla sınırlayabilir. Ancak kültürel değerler sistemi tüm halk için geçerli belirli ortak başarı hedeflerini tüm diğer hedeflerin üstünde tutarken, sosyal yapı halkın büyük bölümü için bu hedeflere varacak araçlara ulaşmayı sınırlar ya da engellerse, büyük çapta suç davranışı ortaya çıkabilir” (Merton, 1968, aktaran Kerscher, 1985, s. 40).

İlk bölümde açıklamaya çalıştığım gibi katı sınıf yapıları, aile ve aşiret bağları Türkiye’de önemli ölçüde anlam yitimine uğradı. Şimdi artık çok sayıdaki televizyon kanalı ve resimli gazetelerin saldırgan reklamlarıyla sürekli olarak yeni istekler ve umutlar uyandırılmakta ve her şey herkes için en azından teorik olarak mümkün hale gelmektedir.

Mina Urgan çocukluğunu anlatırken, o zamanlar varlıklarının paralarını gözler önüne sermeyi ayıp saydıklarından, varlıklı kız arkadaşlarının da herkes gibi giyindiğinden söz ettikten sonra, özellikle seksenli yıllarda durumun değiştiğini vurgulayarak şöyle diyor;

“(Şimdi) Türkler hem daha çok para kazanmak istiyor, hem de çok parası olduğunu herkesin bilmesini istiyor” (Urgan, 1998, s. 247-249).

Urgan devamla toplumsal olarak herkesin önüne konulan çok para sahibi olma hedefinin 1950'lerden sonra, yani yoğun kentleşmeyle birlikte ortaya çıktığını vurgulamaktadır. Bu hedef 1980'lerden sonra yoğunlaşan ve giderek "çığırkanlığa" dönüşen yeni medya düzeni aracılığıyla toplumun çok geniş kesimlerince de içselleştirilmiş ve paralı olmak, köşeyi dönmek statü sembolleri arasına ön sıralara geçmiştir.

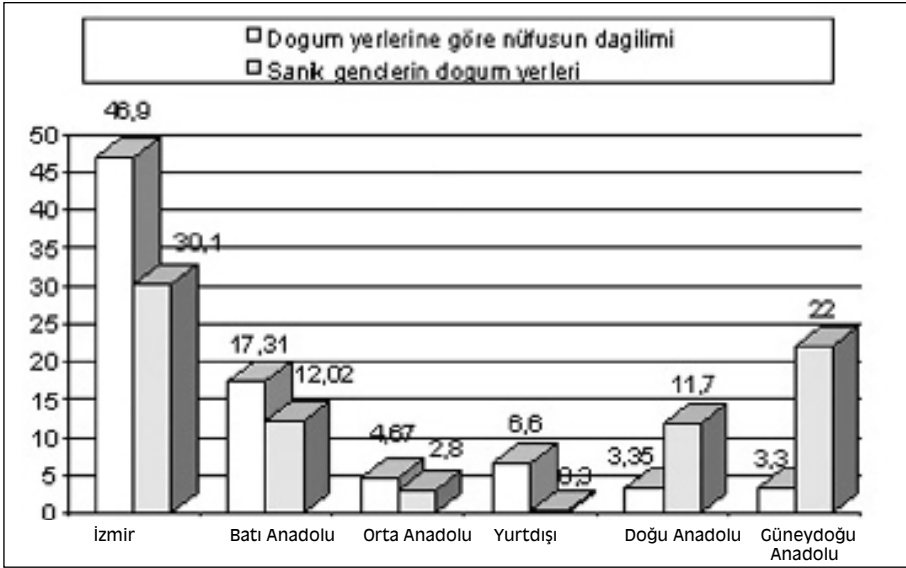
Alt tabakalardan insanların, eğitim düzeyleri ve olanakları sınırlı gecekonduluların uyandırılan bu isteklere, kültürel olarak önlerine konulan bu hedeflere yasal araçlarla ulaşmaları zordur. Herkese bütün yolların açık olduğu yolundaki hakim kültüre/ideolojiye rağmen, eğitim düzeyleri düşük ve maddi olanakları sınırlı insanlar açısından sosyal yükseliş imkanları sınırlıdır. Bu yapısal çelişkinin neden olduğu baskı suçluluğun önemli bir nedenini oluşturmaktadır.

Gençler açısından durum daha da özeldir; gençlerde gerçeklik hissi genellikle olasılık duygusundan daha zayıftır (bkz., Karrer, 1998, s. 36). Yaşlılar adım atarken basacakları yerin sağlam olup olmadığını kontrol ederler. Gençler ise zıplayarak yürürler, attıkları adımın nereye gideceği konusunda fazla kafa yormazlar. Gençler uyandırılan bu hedeflere ulaşmak, hedeflerle imkanlar arasındaki bu çelişkiyi aşmak için suç işleme riski de dahil, çok daha fazla riski daha kolay göze alırlar.

2.4.2. Göçmen Çocuklar Arasında Suç İşleme Oranı Daha Yüksektir

Çeşitli şehirlerde yapılan araştırmalar suç işleyen çocuklar arasında "göçmen" çocukların oranının yüksek olduğunu göstermektedir. Hancı ve arkadaşlarının İzmir'de yaptıkları araştırmaya göre bu şehirde suç işleyen çocukların %69'u başka bir ilde doğup, daha sonra İzmir'e taşınmıştır. Suç işleyen göçmen çocuklar arasında da Doğu ve Güneydoğu Anadolu doğumluların oranı daha yüksektir.

Görüldüğü gibi İzmir'de Doğu ve özellikle Güneydoğu Anadolu kökenli insanların oranı %3'ün biraz üzerinde iken, suç işleyen çocuklar arasında Doğu Anadolu doğumluların oranı % 1.7, Güneydoğu illerinde doğan çocukların oranı ise %22'yi bulmaktadır. Doğu ve Güney Doğu il-



Grafik 8. Suç işleyen çocukların ve İzmir'de yaşayan halkın doğum yerleri.

Kaynak: Hancı, Aktaş, Akçiçek, 1995, s. 173-183.⁵

lerinden göçenler birlikte değerlendirildiğinde bu bölgelerden gelenlerin toplam nüfus içindeki oranları %6.65 iken, buralardan göçen çocukların toplam suç işleyen çocuklar içindeki oranları %33.7'dir.

Aynı olgu Antalya'da Mayıs 1994 ile Mayıs 1995 arasında yapılan bir araştırma ile de doğrulanmaktadır. Araştırmaya göre suç işleyen küçüklerin %60'ı başka bir ilde doğmuş ve Antalya'ya göç etmiştir. Araştırmada Antalya şehrine özellikle Güneydoğu Anadolu'dan hızlı bir göç olduğu vurgulanmaktadır (bkz., Karagöz, 1995, sayfa numarasız).

Kısacası suç işleyen gençlerin önemli bir kısmını (İzmir'de yaklaşık %70'ini, Antalya'da %60'ını) göçmen gençler oluşturuyor. Ancak suç işleme oranı bütün göçmen çocuklar arasında değil, özellikle Doğu ve Güneydoğu'dan gelen göçmen çocuklar arasında yüksek.

⁵ Hancı ve arkadaşları araştırma sonuçlarını illere göre vermişlerdi. Okumayı kolaylaştırmak için bölgelere göre illeri toplayarak sunmayı uygun buldum. İstatistiklerde bölgelerin bütün illeri değil, İzmir'de yoğun olarak göç yaşanan ve de suç işleyen gençler arasında temsil edilen iller verilmiştir. Aşağıda grafikteki bölgelerin hangi illere ait verileri kapsadığını ayrıca sunuyorum:

Batı Anadolu: Manisa, Aydın, Afyon, Balıkesir, İstanbul, Denizli, Muğla ve Uşak toplamı.

Orta Anadolu: Konya, Ankara

Doğu Anadolu: Erzurum, Kars ve Ağrı

Güney Doğu Anadolu: Mardin, Diyarbakır ve Muş.

Batı şehirlerinden İzmir'e gelip yerleşenlerin bir kısmının işçi ya da memur ailesi olduğu ve tayin, nakil dolayısıyla, ya da bireysel tercihleri sonucu buraya geldikleri düşünülebilir. Ancak Doğu, Güneydoğu ve Orta Anadolu'dan gelenlerin göçü, birinci olarak yukarıdaki bölümlerde anlatılan kırdan şehire göçün nedenleri arasında aranmalıdır. Tarım alanlarının yetersizliği, makineleşme, Batı'daki iş olanakları ve hizmetlerin (örneğin; okulların, sağlık hizmetlerinin) daha iyi durumda olması.

Güneydoğu'dan, kısmen Doğu'dan göçün bir nedenini ise daha önce de belirtildiği gibi bu bölgede on beş yıl süren silahlı çatışmalar oluşturmaktadır. Bu bölgeden gelenlerin hiçbir ön hazırlık yapıp, imkan yaratmadan bölgeyi terk etmek zorunda kalmış oldukları düşünülürse, onların ekonomik ve sosyal bakımdan en zor durumda oldukları anlaşılır. Hazırlıksız bir göçe maruz kalan bu insanların birçoğu varolan mallarını mülklerini de satmadan, uygun şekilde değerlendiremeden şehre gelmektedirler. Batıya göçmek zorunda kalan bu insanlara yönelik bir devlet desteği de yoktu.

On beş yıl süren bu "küçük savaş" rağmen Türkiye'de bir Türk-Kürt çatışması yaşanmamıştır. Ancak bu savaşın iki etnik kökenden insanlar arasında belli ön yargılar yaratmış olduğu da inkar edilemez. Bu önyargılar Kürt kökenli insanların Batıdaki entegrasyonları önünde bir engel oluşturmakta, yeni bir hayat kurmalarını en azından zorlaştırmaktadır. Türkiye'de işlerin esas olarak ilişkiler üzerinden yürüdüğü düşünülürse bu zorluk daha iyi anlaşılabilir.

Ayrıca Doğu ve Güneydoğu bölgelerinden gelen insanların genelde eğitim düzeyleri düşük, yani maddi donanımlarının eksikliğinin yanında maddi olmayan donanımları (eğitim, iş tecrübesi gibi) da yeterli değildir ve bu donanımsızlık yeni bir hayat kurmakta ek zorluklar yaratmaktadır.

Kısaca Doğu ve Güneydoğu kökenli gençler açısından -yeniden anomi teorisine dönersek- toplumsal olarak konulmuş hedeflerle, bu hedeflere ulaşmak için varolan imkanlar arasındaki uçurum daha derindir. Bu nedenlerle bu çocukların daha fazla suç işlemeleri izah edilebilir bir durumdur.

2.4.3. Kültürel İklim, Himayecilik ve Çocuk Suçluluğu

Türkiye'nin özel kentleşme biçiminin, diğer bir deyişle gecekondulararak kentleşmesinin sosyokültürel ve politik sonuçları da olmuştur. Bu gelişmenin Güneydoğu Anadolu'daki silahlı çatışmalar ve bu çatışmaların sonuçlarıyla birleşmesi Türkiye'de suç işlemeyi kolaylaştıran bir kültürel iklim ve himayeci bir ilişki biçimi ortaya çıkarmıştır.

Gecekondu yapmak için ilişki, arsa bulacak ya da satacak biri gereklidir. Süreç içinde kentlerde bu işleri organize eden, devlet arazilerini, zaman zaman da özel arazileri parselleyip satan ve kısa sürede köşeyi dönen gecekondu mafyaları oluşmuştur. Bunlar öncelikle akrabalarını, hemşerilerini ya da mezhepsel ya da politik yakınlıkları olan insanları arkalarına alıp kısa zamanda yerel politik güçler haline geldiler. Kongar'a göre bu ilişki biçimi zamanla genişleyerek tüm Türkiye'ye yayıldı ve hakim ilişki biçimlerinden biri haline geldi. Emre Kongar bu gelişmeyi şöyle özetlemektedir;

“Bir başka terminoloji ile ifade edilirse, Türkiye'deki kentleşme, devletin ve resmi örgütlerinin denetiminde ve belli kent planlarına göre değil, devletin boş bıraktığı alanlarda at oynatan yasadışı grupların devlet ve birbirleri karşısındaki göreceli güçlerine göre biçimlenmiştir. (...)

Kaçak yapılaşma, bir süre sonra, yerel ve ulusal düzeyde politika ile de bütünleşmiş, bu yağma düzenine, gecekondu bölgelerine göç edenler açısından yerel politikacılar, kent merkezlerindeki rantı paylaşan holdingler açısından da, ulusal düzeyde politika yapan liderler eklenmiştir.

Böylece iç içe geçen yasadışı yağma, bir süre sonra tüm ülkeyi siyasal eklemleme yoluyla etkisine almıştır.

Bu arada, kent hukuku dışı alanlardaki, yani gecekondulardaki ilişkiler, meşruiyet üzerine değil de kaba kuvvet ilkesine göre biçimlendiğinden, her türlü yöresel, ideolojik, mezhepsel ve etnik ayırım, bu bölgelerin paylaşılmasında ve yağmalanmasında işlevsel olmuştur. Bu ayırımlar bir süre sonra da artık o mahalleler için bir 'yaşam biçimi' halini almıştır. Çünkü insanlar bu bölgelerde sadece konut edinme eylemleri için değil, günlük yaşamlarını sürdürme açısından bile bu tür ilişkilere bağımlı kılınmışlardır” (Kongar, 1998, s. 578).

Endüstrileşmenin, doğal bir gelişimin sonucu olmayan Türkiye tipi şehirleşmede yukarıda sözü edildiği gibi sadece bir ev için değil, iş için de, pazar yeri için de, sokakta bir şeyler satmak için de ilişkilere ihtiyaç vardır. Bunun için üstten korunmak, kollanmak, himaye edilmek gerekmektedir. Bedel olarak da bir hizmet, bir karşılık beklenmektedir elbette. Bu gelişme politik güç sahipleri ile para sahipleri arasında bir çıkar ittifakına ve ülke çapında yasalarla, mahkeme kararlarıyla düzeltilemeyen keyfi uygulamalara yol açmıştır. İktidar sahiplerinin keyfi davranışlarına ilişkin çok sayıda örnek vermek mümkündür. Bazı gazetelerin üçüncü sayfalarını cinayet ve yaralama haberlerine ayırmaları gibi, gazetelerin bir kısmı da de her gün sayfalar dolusu yolsuzluk ve keyfilik haberleri vermektedirler. Eski feodal ilişkiler kırsal alanda çözülürken şehirde himayecilik diye tanımlanabilecek yeni bir feodal ilişki biçimi, içinde ciddi bir suç işleme potansiyeli taşıyan bir koruma ve itaat ilişkisi yerleşmektedir.

“(Göçerek) gelenler, büyük kentte ayakta kalabilmek için taşradaki geçerli ilişki biçimi olan himaye düzenini benimsiyorlar. Önceleri aile-hemşerilik ilişkisi düzeyindeki himayecilik giderek siyasi parti himayesi biçimine döndüştü, bu ilişki ile sağlanan iş, gecekondular vb. nimetlerinin sonuna gelince sırayı dinsel tarikat ve topluluk himayeciliği aldı.

Bu tür himayecilik düzenleri, göçüp gelenlerde içe kapanmaları, yabancılaşmaları artırdı. Bu hal, bağnazlığı, hoşgörüsüzlüğü hatta düşmanlığı körükledi, mafyacılığa çanak tuttu. Her himaye düzeni kendi ‘hukuk’unu yaratarak, hukuk devleti umutlarını zayıflattı” (Sönmez, 1998, s. 178-179).

Himayeci ilişkilerin yerleşmesine Güneydoğu Anadolu’da yaşanan on beş yıllık çatışmalar önemli bir katkıda bulunmuştur. Çatışmaların önemli sonuçlarından birisi “öldürme eyleminin” sıradanlaşması olmuştur. Yıllar boyu ölen güvenlik görevlileri ya da PKK’lılarla ilgili haberler, haber bültenlerinin hava durumuna benzer günlük, alışıldık bir parçası haline gelmiştir. Öldürmenin bu kadar sıradanlaştığı bir yerde, öldürmeye heveslenen, ya da şiddete başvurarak çıkar sağlamayı düşünen insanların sayısı artacaktır. Sonuçta birtakım çevreler de bu ortamdan yararlanıp, kişisel çıkar elde etmek için çeteler oluşturmuş ve himayecilik düzenine yeni bir boyut katmışlardır.

Emre Kongar’ın vurguladığı gibi, demokrasinin, hukuk devleti sınırları içinde kalarak sistemi yolsuzluklardan ve çetelerden arındırma işlevi de, başarıyla uygulamaya konulamamış ve sonuçta ortaya himayecilik ilişkileri bazında yürüyen ve siyasetle eklemlenen bir yağma kültürü ortaya çıkmıştır (bkz., Kongar, 1998, s. 646). Başarının yolu artık çalışmaktan, yasalara uymaktan değil, doğru ilişkilere sahip olmaktan, itaatten ve yağmadan geçmektedir.

Şimdi bu gelişmenin yani himayecilik ilişkilerinin ve yağma kültürünün gençlik suçluluğuna etkisi nedir sorusuna yanıt aramaya çalışacağım.

Anomi teorisine yeni bir boyut getiren Cloward/Ohlin’in farklı fırsatlar teorisine göre insanların kültürel olarak belirlenen hedeflere sadece yasal araçlarla ulaşma şansları değil, yasadışı araçlarla ulaşma “fırsatları/şansları” da farklıdır. Örneğin küçük burjuva bir semtte oturan genç de imkansızlıklar içinde bulunup, sözü edilen hedeflere, yani zenginlik, güç, prestije ulaşmak için gerekli yasal araçlardan yoksun olabilir. Bu durum gencin üzerinde onu suça zorlayacak bir baskı da oluşturur. Ancak genç suç işlemek için fırsat bulamaz. Çünkü mahallesinde, bölgesinde birlikte davranacağı gençlik çeteleri yoktur. Sosyal ve ekonomik statüsü düşük bölgelerdeki genç açısından ise bu “fırsat” vardır. Yasal yollarla ulaşamayacağı hedeflere, yasadışı çetelere, gruplara girerek ve suç işleyerek ulaşabilir ya da ulaşmayı deneyebilir (bkz., Kerscher, 1985, s. 53).

Ancak Türkiye’de durum daha da farklıdır ve farklı fırsatlar teorisi burada yeni bir boyut kazanmaktadır. Himayecilik düzeninin ve yağma kültürünün bir sonucu olarak çeteler sadece düşük gelirli oturmamış bölgelerde değil, her yerdedir. Bu anlamda bu gruplara girme ve yasal yollarla ulaşamayacakları hedeflere suç işleyerek girme imkanı geçkondulu olmayan gençler için de aynı ölçüde olmasa da mevcuttur.

Himayeciliğin ve keyfiliğin neredeyse tüm toplumsal ilişkilere sinmesinin ortaya çıkardığı gene Türkiye’ye özgü bir durum, teoride tartışılan aşan özel bir kuralsızlık, özel bir “anomik durum”dur. Bu durum donanımları iyi olan insanları bile suç işlemeye zorlamaktadır. Bu sistemde herhangi bir hedefe ulaşmanın yolu bir çok durumda ilişkiden ve yasadışı araçların kullanılmasından geçmektedir. Rüşvet vermek artık haklı bir konumda olup olmamaya bağlı değildir. Sıradan bir çok insan yasal yollarla çözemedikleri sorunlarını mafyalara başvurarak, onlara haraç vererek çözmeye çalışmaktadırlar. Oysa rüşvet vermek de, haraç vermek de suç olan eylemlerdir ve suç işlemeyi hayatlarında hiç düşünmemiş olan insanlar bile buna zorlanabilmektedirler.

Bu himaye düzeni ve yağma kültürünün içinde büyük bir suç potansiyeli taşıdığını belirttim. Prof. Türker Alkan sözü edilen ortama ilişkin örnekler verdikten sonra bu ortamın muhtemel sonuçlarını şu soruları sorarak özetliyor;

“Bu ortamda, öğrenci kopya çekmez mi? Bakkal çürük elmaları torbaya dolduramaz mı? Usta yaptığı işi şişirmez mi? Taksi şoförü sizi daha uzun yoldan dolandırmaz mı? Memur rüşvet almaz mı? Tinerci çocuklar cinayet işlemez mi? (...)” (Alkan, *Hürriyet Gazetesi*, 24.10.1998).

Bu gelişmeden en çok etkilenen ve bu yolla suça itilen, normları ve değerleri benimseme, içselleştirme, yeni roller üstlenme, kendilerini “idollerle” özdeşleştirme aşamasında olan ergenlik çağındaki gençlerdir.

Bu gelişmenin sonuçları yavaş yavaş yapılan araştırmalarla da ortaya konulmaktadır.

“Biz Bakırköy Çocuk Tutukevi’nde bir araştırma yaptık. Oradakilerin çoğu göç eden ailelerin çocukları... Bu çocuklara, ‘Hayatta en büyük amacın ne’ diye soruyoruz. Cevap ‘Çok para kazanmak, zengin olmak.’ Yine soruyoruz: ‘Kimi örnek almak istiyorsun?’ Cevap: ‘Ben mafya babası olmak istiyorum’” (Cumhuriyet, 8 Temmuz 2001, Türkiye şiddet toplumu olmaya aday. Prof. Dr. İbrahim Balcıoğlu ile konuşma).

Bir kaç yıl önce aynı cezaevinde kalan Güneydoğu Anadolu’nun bir köyünden İstanbul’a mafya olmaya gelen bir gencin öyküsünü dinlemiştim: Genç “mafya olmak” için köyünden kalkıp gelmiş, “mafya” ile ilişki kurmayı becermiş, ama ilk “işinde” içeri düşmüştü. Güneydoğulu gencin

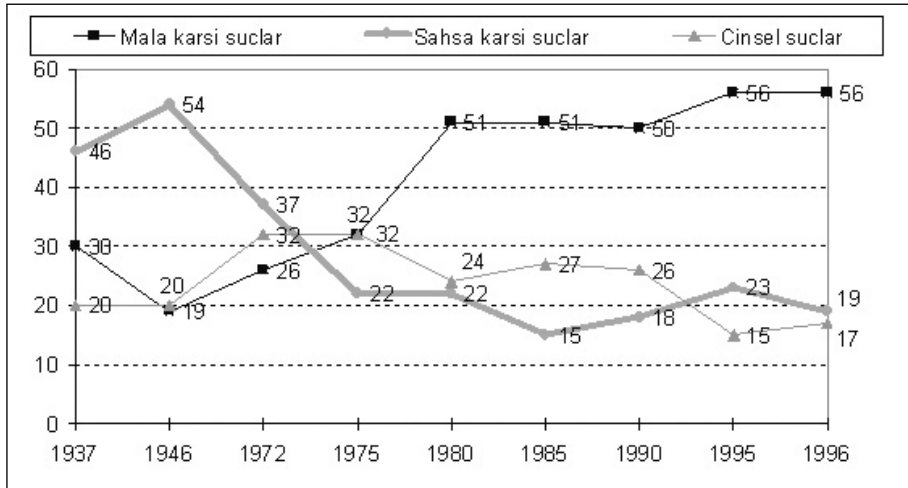
hikayesinin devamını bilmiyorum. Ama onun tekil bir örnek olmadığını, birçok gencin bu talan kültürünün etkisiyle gençlik çağında “suçlu” damgası yediğini ya da yiyeceğini yukarıda aktarılan araştırmanın sonuçları da ortaya koymaktadır.

2.5. Çocukların İşledikleri Suçların Türleri ve Kentleşme

Bu bölümde kendimi en sık rastlanan ve istatistiklerde de kısmen kolay ayrı edilebilen üç suç türüyle sınırlayacağım. Bunlar mala karşı suçlar (hırsızlık ve gasp), şahsa karşı suçlar (yaralama ve öldürme) ve cinsel suçlardır (kız kaçırma, tecavüz, tecavüz girişimi). Tecavüz ve tecavüz girişimi suçları erkeklere yönelik olanları da kapsamaktadır.

Şehirleşmeye paralel bir şekilde gençlerin işledikleri suç türleri de değişmiştir. Mala yönelik suçlardan dolayı cezalandırılan gençlerin oranı 1946 da %19’u oluştururken, aynı oran 1996’da %56’ya ulaşmıştır. Buna karşılık şahsa karşı suçlar tam tersi bir seyir izlemiş ve bu nedenle mahkum olan gençlerin payı toplam hükümlüler arasında %54’den %19’a inmiştir. Cinsel suç işleyip, hüküm giyenlerin oranı ise yaklaşık olarak aynı kalmıştır.

Mala yönelik suçlardaki artış şehirlerde daha bozuk olan gelir dağılımı, daha yüksek oranlardaki işsizlik, şehirde sosyal bağların zayıflaması sonucu olarak azalan sosyal kontrol imkanlarıyla açıklanabilir.



Grafik 9. İslahelerindeki hükümlü çocukların işledikleri suçlara göre dağılımı.

Kaynak: 1937 ve 1946 yılı istatistikleri için bkz., Yavuzer, 1990, aktaran Hancı ve Ege, 1993, s. 334. 1995 yılına kadar olan diğer istatistikler için bkz., Devlet İstatistik Enstitüsü, 1972, s. 10 ve İçli, 1994, s. 248. 1995 ve 1996 yılı istatistikleri için bkz., Devlet İstatistik Enstitüsü, 1997, s. 190 ve Devlet İstatistik Enstitüsü, 1998b, s. 194.

Şahsa karşı suçların azalmasında gene bireyselleşme ve bunun sonucu olarak ortaya çıkan bağların zayıflaması önemli bir rol oynamaktadır. Elimizde cana yönelik suçların ne kadarının tasarlayarak olduğu ve tasarlama nedenleriyle ilgili yapılmış bir araştırma bulunmamaktadır. Ancak özellikle aşiretler ve aileler arası kan davaları sonucu olarak öc almaya yönelik işlenen cinayet sayısının radikal bir biçimde azaldığını düşünüyorum. Bu tür cinayetlerin arka planını oluşturan geleneksel aşiret ve aile ilişkileri çok sınırlı bölgeler bir yana bırakılırsa yok olmaktadır. “*Namus meselesi*” ve kıskançlık dolayısıyla kadınları hedefleyen saldırılar ve cinayetler tabii varılmaya devam etmektedir. Ancak bunlar artık bir büyük aile ve aşiret meselesi olmaktan çıkmakta, daha çok kadını aşağı bir mahluk olarak gören, ona mutlak olarak hükmetme hakkını kendinde bulan ataerkil anlayıştan kaynaklanmaktadır.

Şahsa karşı işlenen suçların önemli bir bölümünün şehre içkin faktörler, çeteciliğe cevap veren himayeci ilişkiler ve hakim kültürel iklimle açıklanabileceğini düşünüyorum.

Cinsel suçların oranı yaklaşık olarak aynı kalmıştır. Elimde bu suçların dağılımına ilişkin kronolojik istatistikler bulunmamaktadır. Bu anlamda bu kategorinin kendi içindeki değişimini tarihsel olarak izlemek olanağı yok. Ancak evlenmek amacıyla kız kaçırılmalarının azaldığını, buna karşın kadın ve erkeğe yönelik tecavüz olaylarının ya da girişimlerinin arttığını tahmin ediyorum.

Şehirleşme erkeğin olduğu gibi kadının da gelecekle ilgili karar verme, gelecekte birlikte yaşayacağı insanı seçme olanağını genişletmektedir. Bu anlamda kız kaçırma yoluyla evlenmeler, ya da kız kaçırma olayları daha seyrek gündeme gelmektedir.

Cinsel suçlar içinde kadın ve erkeğe yönelik tecavüz suçlarının ise arttığını tahmin etmekteyim. Yukarıda sözünü ettiğim gibi saldırganların şehirde tanınma, yaşadıkları çevreden dışlanma gibi bir sosyal kontrolden ve baskıdan korkmamaları; kitle iletişim araçlarının en azından bir bölümünün saldırgan ve kadın düşmanı yayınları, kadının erkeklerin gereksinimlerini giderecek birer cinsel nesne olarak sunulması kadına yönelik cinsel şiddetin devamının önemli nedenlerini oluşturmaktadır.

III. Kurumlaşmanın Yetersizliği, Yargılama Süreci ve Çocuk Suçluluğu

Girişte ergenlik döneminin özel bir dönem, kendini arama ve bulma dönemi olduğunu, bu arama döneminde yaşanan bireysel, ailevi ve ekonomik zorlukların oturmuş davranış kalıpları, yerleşik değerleri, içselleştirilmiş normları olmayan genci, o anda makul bir çözüm olarak gördüğü suç işleme yoluna itebileceğini söylemiştim.

Bu durumdaki çocukların ve gençlerin desteğe gereksinimleri vardır. Peki bu destek nasıl sağlanacaktır? Çalışmanın önceki bölümlerinde suç işleyen gençlerin çoğunlukla maddi olarak zayıf ailelerden ve göçmen ailelerden geldikleri gösterildi. Tam da bu ailelerde ana babalar çoğu kez çocuklarına yardım edecek durumda değildirler. Bunun için gerekli olan maddi olanaklardan da, bilgi ve eğitim donanımından da yoksundurlar.

O halde bu durumdaki gençlere, akraba ilişkilerinin de zayıfladığı düşünülürse ancak kurumlar aracılığıyla destek olunabilir. Çalışmanın önceki bölümlerinde özellikle şehirlerin gecekondü bölgelerinde kurumlaşmanın yetersiz olduğundan söz edilmişti. Peki kurumlaşma açısından genel olarak Türkiye’de durum nedir?

3.1. Suç İşlemeyi Önleyecek Destek Kurumlarının Yokluğu

Batı toplumlarında bireyselleşme süreci yaşamın farklı alanlarında yeni inşa edilen kurumların oluşumuyla şu ya da bu şekilde paralel yürümektedir. Türkiye’de ise esas olarak kentleşmenin hızlı ve plansız yaşanması, maddi imkanların yetersizliği nedeniyle bu tür kurumlar oluşmamıştır. Aile ve akraba sistemleri içinde bakılamayan, desteklenemeyen insanları destekleyecek kurumlar yoktur. Yüksek orandaki işsizliğe rağmen işsizlik sigortası bulunmamaktadır; yaşlılık sigortası insanların %30’a yakın bir bölümü için hala yoktur ya da çok yetersiz durumdadır; işlevsel bir sağlık sigortası sistemi kurulamamıştır, hala sigorta kapsamında olmayan insanlar vardır; hiçbir maddi olanağı bulunmayan insanlar için asgari geçim garantisi yani sosyal yardım yoktur.

Gençlerle ilgili durum daha parlak değildir. Devlet okullarında sınıflar çok kalabalık ve eğitimin kalitesi düşüktür. Birçok genç maddi olanak bulamadığı için ya da yeterince başarılı olamadığı için zorunlu eğitim dönemi olan beş yıllık (1997 yılından beri sekiz yıl) eğitimden ilerisine gidememektedir.

Bu gençler için tek imkan çırak olarak bir işe başlamaktır. Çıraklıkla ilgili yasal düzenlemeler yapılmış olsa da geniş çaplı, işlevsel bir yapılaşma

yoktur. Çırağın işvereniyle ilişkisi yazılı ve çocuğun haklarını koruyan bir sözleşmeye dayanmamaktadır ve genellikle bir okulla bağlantılı değildir. Gençler genellikle işverenin insafına terkedilmişlerdir. Çıracak çalıştıran işverenler küçük işletmelerin sahipleridirler ve ayakta kalma mücadelesi içinde çocukları yoğun bir biçimde sömürmektedirler. On saatlik iş günü çıracaklar arasında istisna değil, kuraldır.

Türkiye’de çıraklık kurumunun tarihsel bir geçmişi vardır. Küçük yerleşim birimlerinde çocuklar küçük yaşta bir ustanın yanına yerleştirilir ve bu yolla meslek öğrenirlerdi. Geleneksel ilişkiler içerisinde bu bir sorun da değildi. Küçük yerleşim birimlerinde insanlar birbirlerini tanımaktaydı, ilişkiler hala kişiseldi. Çıracak olarak verilen çocuk, belli bir ailenin çocuğu olarak bilinmeye devam ederdi. Anne, baba kontrolü çocuğun iş koşulları konusunda da belli ölçüde geçerli idi. Şehirleşme ile bu olanak ortadan kalkmakta, çocuklar işverenin insafına terk edilmektedirler.

Bu gençlerin bir kısmı yukarıda belirttiğim gibi çıracak olarak olanakları sınırlı işverenlerin yanında, çok düşük ücretlerle çalıştırılmaktadır. Bir kısmı da düzenli bir iş ilişkisi içinde olmayıp sokakta çalışarak geçimlerini sağlamakta ya da ailelerine yardım etmektedirler. Buralarda ekmek aslanın ağzındadır ve ayakta kalabilmek için her yol denenmek zorundadır. Hiçbir destek ve denetim olmadan çalışan çocuk kendinden büyüklerin uyguladıkları yöntemleri kısa sürede öğrenmekte, bunları içselleştirmekte ve uygulamaktadır. Bu arada çocuk suç olan eylemleri de öğrenip, içselleştirmektedir.

Suçluluğu sosyo kültürel açıdan tartışan teorisyenler suç davranışının her tür davranış gibi öğrenilen bir şey olduğunu savunurlar.

“Suç davranışı toplumsallaşma süreci içerisinde kriminal gruplarla ilişkiye girilirse öğrenilir. Bu ilişkinin yeterince sıkı, yoğun, uzun süreli olması ve somut bir durumda kriminal motiflerin ağır basması durumunda suç işlenir” (bkz., Kerscher, 1985, s. 42).

O halde hüküm giyenlerin %79.6’sını çalışan, yani okula gitmeyen gençlerin oluşturması bir tesadüf değildir (bkz., Devlet İstatistik Enstitüsü, 1998b, s. 194).

İş sürecindeki çocuklar açısından geçerli olan bu teorik yaklaşım, çalışmadıkları halde boş zamanlarında aile ve kurumlardan destek görmeyen ve kriminal çevrelerle ilişki imkanı olan çocuklar açısından da geçerlidir.

Belirtildiği gibi çocukları gerek iş ilişkileri içinde gerekse bunun dışında koruyacak kurumlar ya çok sınırlı sayıdadır ya da çocuklara yardımcı olacak donanımdan yoksundurlar.

Örneğin; İstanbul'da 1998 yılında, bazı belediyelerin yeni yeni açmaya başladıkları kurslar bir yana bırakılırsa, gençlere hizmet veren bir tek gençlik merkezi yoktu.

Yetim, ya da terkedilmiş çocuklarla ilgili imkanlar çok sınırlıdır. 1996 yılında genellikle annesiz babasız çocukların yerleştirildiği yurtlarda Türkiye çapında sadece on bin yüz yirmi iki çocuk için yer vardı (Devlet Planlama Teşkilatı, 1996, s. 190). Bu yurtların birçoğunda koşullar çok kötüdür ve bizatihi bu koşullar çocukları korumaktan çok suça teşvik etmektedirler.

Sadece İstanbul'da ailesi ile ilişkileri kopmuş, sokakta yaşayan yedi binden, fazla çocuğun varlığından söz edilmektedir (bkz., *Radikal*, 25.8.2000). Son yıllarda bir takım kurumlar oluşturulmaktaysa da, bu çocukların önemli bir kısmı hala günlerini ve gecelerini sokaklarda geçirmektedir.

Sokakta çalışan, mendil ya da benzeri şeyler satarak geçimlerini sağlamaya çalışan ya da ailelerine destek olan çocukların sayıları konusunda da bilgi yoktur. Ancak büyük şehirlerde bu çocuklar şehrin fotoğrafında sabit yerlerini almış durumdadırlar. Bu çocukların ne sosyal güvenceleri ne de düzenli bir gelirleri vardır. Bunların bir çoğu açısından sokakta çalışmak sokakta yaşamanın ilk adımını oluşturmaktadır.

Kısaca şehirleşme ve bireyselleşme süreçlerinin sonucu olarak aile ya da akrabalar tarafından bakılamayan, desteklenemeyen çocuklar açısından kendilerini geliştirme, hatta hayatta kalma olanakları çok sınırlıdır. Yaşamsal sorunlarla karşı karşıya olmayan çocukların önemli bir kısmı da hayatlarının bu kritik dönemlerinde gerekli olan destekten yoksundurlar. Kentleşme sürecinde bağların zayıflamasının sonucu ve de diğer sosyal ve ekonomik etkenlerin sonucu olarak aile ve akraba çevresinin vermediği ya da veremediği bu desteği verecek kurumlara gereksinim vardır. Bunların yokluğu çocuk suçluluğunun önemli bir nedenini oluşturmaktadır.

3.2. Yargılama Süreci ve Çocuk Suçluluğu

Şimdi de "suç işleyerek" sanık durumuna düşmüş ya da hüküm giymiş gençlerin duruma bakalım. Bunları koruyacak kurumlar, yani ikincil önleyici yapılar var mıdır, durumları nedir?

Bilindiği gibi çocuk yargılamasında esas olan ceza değil, ıslahıdır. Hükümlü çocukların tutuldukları yerlerin adı da cezaevi ya da hapisane değil ıslahevidir. Çocuk suçluluğu alanında suç işleyen çocuktan ziyade suça itilen çocuk deyişinin kullanılması savunulur. Çünkü söz konusu olan henüz kişiliğinin oluşumu önemli ölçüde tamamlanmamış, toplumsallaşma sürecindeki gençtir ve yargılamanın amacı çocukların temel hak-

larının ve güvenliklerinin korunması ve gereksinimlerinin karşılanması, bedensel ve tinsel esenliklerinin geliştirilmesidir.

Çocukların/gençlerin tabi oldukları uluslararası kuralları ve Türkiye'deki uygulamaları ayrıntılı olarak tartışamayacağız. Burada tutuklama, yargılama ve ıslah evi süreçlerinin suçun ortaya çıkışı açısından bizi ilgilendiren boyutlarını kısaca ele alacak ve konunun kentleşmeyle ilintisini tartışacağım.

Türkiye'de 1979 yılına kadar çocuklar suç işleme durumlarında ceza indirimi almaları ve yetişkinlerden ayrı tutulmaları dışında esas olarak yetişkinlerle aynı yasal düzenlemelere göre ve aynı mahkemelerde yargılanıyorlardı. 1979 yılında çocuk mahkemelerinin kuruluşuna olanak veren yasa kabul edildi. Yasa 18 yaşın altındaki gençleri üç kategoriye ayırdı. Kurulan çocuk mahkemeleri 12-15 yaşları arasında olan ve yasa da küçükler olarak tanımlanan kategoriye giren gençleri yargılamakla görevlendirildi. (Yasanın görev alanı ancak 2003 yılında yapılan yasa değişikliği⁶ ile 16-18 yaş grubunun da çocuk mahkemelerinde yargılanmasını sağlayacak biçimde değiştirilebildi.) Bu yasanın çıkarılmasının dışında çocuk suçluluğu konusunda, uluslararası sözleşmelerde taahhüt edilen çocukların korunması, geleceklerini suç işlemek zorunda kalmadan kuralabilecekleri özerk insanlar haline gelmeleri konusunda başka bir yasal ya da kurumsal düzenleme yapılmadı.

- Yasada yüz binin üzerinde nüfusu olan yerleşim birimlerinde kurulması öngörülen çocuk mahkemeleri aradan geçen yirmi beş yıl içerisinde sadece altı ilde, İstanbul, Ankara, İzmir, Kocaeli, Diyarbakır ve Trabzon'da kurulabilmiştir. İzmir, Kocaeli ve Diyarbakır mahkemeleri yakın tarihlerde kurulmuştur. Son üç ildeki mahkemeler kurulmadan ve 2003 yılındaki değişiklikten önce yaptığım hesaplamalara göre 12-18 yaş arası gençlerin ancak %8'i çocuk mahkemelerine çıkarılmakta, geri kalan ezici çoğunluğu hala normal mahkemelerde yargılanmaktaydı.

- Yasada öngörülen, çocukların bakıcı aile yanına, yurtlara yerleştirilmeleri ya da bir usta yanına yerleştirilmesi, iş bulunması gibi tedbirler pratik olarak uygulanmamaktadır.

- Çocuk mahkemelerinin iş yükü çok fazladır. İstanbul çocuk mahkemelerinde yaptığımız görüşmelerde 16-18 yaş grubu çocuk mahkemelerinin görev alanına dahil edilmeden önce hakimlerin günde yaklaşık olarak 50 dosyaya baktıklarını öğrenmiştik. 16-18 yaş grubunun da çocuk mahkemelerinde yargılanmaya başlaması ile İstanbul'da çocuk mahkemelerinin

⁶ 30.7.2003 T. ve 4963 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun

her birinin derdest dosya sayısı 6.000'i bulmuş, her bir mahkeme günde en az 15-20 tutuklu dosyanın ve bunun iki katı kadar da tutuksuz dosyanın yargılmasını yapmak zorunda kalmıştı. Bu koşullar altında tutuksuz dosyaların duruşması yılda ancak bir kez yapılabilmektedir. Bu iş yükü altında çocuğun özelliklerine uygun bir yargılama yapmak çok zor, hatta imkansızdır.

- Mahkemelerde görevli olan ve çocukların sosyal ve ruhsal durumlarını inceleyip, mahkemeye rapor vermeleri gereken Sosyal Hizmet Uzmanları, Psikologlar ve Sosyal Pedagoglar'ın uygulamada çok sınırlı bir işlevleri vardır. Maddi olanaksızlıklar, çocukların yaşadıkları yerlerle mahkemelerin uzaklığı vs. nedenlerle çocuğun sosyal çevresini incelemek, çocukla sık sık bir araya gelip, ruhsal durumu ve geleceğiyle ilgili bilgi almak ve müdahalede bulunmak ancak çok sınırlı durumlarda mümkün olmaktadır.

- Çocuklara polis ve tutukevinde yaşlarına uygun davranılmadığı yolunda yaygın iddialar mevcuttur.

- Adli sicil ve polis raporları çocukların gelecekteki yaşamlarını kurlmaları önünde sık sık ciddi bir engel oluşturmaktadır.

- Tutukluluk ya da hükümlülük dönemlerinde çocuklara çok sınırlı örnekler dışında eğitim verilmemektedir.

- Tutukevi ya da ıslahevi sonrası dönem için yasal hiçbir düzenleme yoktur.

- İstikrarlı aile ilişkilerinden gelmeyen, maddi olanakları olmayan gençler açısından cezaevi sonrası suç işleme riski büyüktür. Çocuk çoğu durumda sokakta kalmakta, karnını doyurmak için yeniden suç işlemek zorunda kalmaktadır.

Kısacası çocukları suç işledikten sonra da destekleyecek kurumsal yapılaşma çok cılız, işlevsiz ve bu kurumların sundukları hizmetler çok sınırlıdır. Tutukevine giren çocuk oradan güçlenerek, yaşamını tek başına suç işlemeden sürdüreceği bir donanımla değil, örselenmiş, aşağılanmış, bir çok durumda yanında kaldığı yetişkinlerden suç işleme konusunda eğitim almış olarak çıkmaktadır.

Şimdi yukarıda sıraladığımız sorunlardan ikisini, uzman desteğinin hangi koşullarda gerçekleştiğini, daha doğrusu gerçekleşmediğini ve adli sicil raporlarının sonuçlarını biraz daha ayrıntılı inceleyeceğim.

Çocuğa destek olmaları öngörülen Sosyal Hizmet Uzmanları ve diğer sosyal görevliler aşağıda İstanbul örneğinde göreceğimiz gibi ancak çocuğun mahkemeye çıkarılması sürecinde devreye girmektedirler. Sosyal

hizmet görevlileri ve diğer sosyal görevlilerin sadece çocuk mahkemelerinin bulunduğu illerde ve bu mahkemeler nezdinde görev yaptıkları ek olarak belirtilmelidir.

1998 yılında o İstanbul çocuk mahkemelerinde çalışan Sosyal Hizmet Uzmanları ve hakimlerle yaptığımız görüşmelerden bu uzmanların çalışmalarıyla ilgili şu bilgileri edinmiştik.

1998 yılında İstanbul çocuk mahkemelerinde yılda yaklaşık üç bin dava açılmaktadır. Bu davaların yaklaşık olarak atmış tanesinde sosyal hizmet uzmanları, pedagoğ ve psikologlar devreye girmekte ve yasada öngörülen sosyal inceleme raporlarını hazırlamaktadırlar. Hakimlerin iş yükünün yoğunluğu nedeniyle, hazırlansa bile, sosyal inceleme raporlarını ayrıntılı okuyacak zamanları yoktur. Bu nedenle de hakimler uzmanlara inceleme görevi vermekte çekimser davranmaktadırlar. Öte yandan uzmanlar aldıkları dosyalarda ilgili yoğun çalışma yapamamaktadırlar. Mahkemeler şehrin merkezinde bulunmakta, çocuklar ise genellikle şehrin dış mahallelerinden gelmektedirler. Çocuk, ailesi, okulu, ya da işvereniyle sık sık görüşmek İstanbul'un ulaşım sistemi dikkate alındığında imkansız gibidir. Sosyal Hizmet Uzmanlarına bu görüşmeler için araç da sağlanamamaktadır. Kısacası hizmetlerin varolduğu, belki de en iyi durumda olduğu İstanbul'da bile üç bin çocuktan atmışına, yani mahkemelik olan çocukların %2'sine sosyal yardım, ya da psikolog desteği sunulabilmektedir. Bu destek de çoğu durumda çocuğun serbest bırakılması ya da bir ıslah evine nakli ile sona ermektedir. Serbest bırakılıp İstanbul'un ücra bir köşesinde oturan çocukla iletişim yukarıda sıraladığım zorluklar nedeniyle genellikle kopmaktadır. İslah evine gönderilen çocuk ise şehir değiştirmekte, aslında sadece sosyal hizmet uzmanından değil, belki tüm aile ve çevresinden uzaklaşmaktadır. Bilindiği gibi Türkiye'de Ankara, İzmir ve Elazığ olmak üzere sadece üç ilde ıslah evi bulunmakta ve hüküm giyen çocuklar bu şehirlerdeki evlere nakledilmektedirler.

Tutukevinde ya da ıslahevlerinde Sosyal Hizmet Uzmanı desteği yoktur. Bu kurumlarda sosyal hizmet kadroları ya yoktur, ya da bunlara atama yapılmamaktadır. İstanbul tutukevinde ve ıslah evlerinde çocuklarla birinci derecede ilişki içinde olanlar infaz koruma memurlarıdır. Ancak bu memurların çocuklarla, gençlerle çalışmak konusunda özel bir eğitimleri yoktur. İstanbul'da 300-400 gencin kaldığı tutukevinde bir tek öğretmen kadrosu bulunmaktadır.

Bu koşullar altında, yani gerekli destekten yoksun olarak soruşturma, yargılama ve tutukluluk/hükümlülük dönemlerini geride bırakan çocuk dışarıya hazırlıksız ve üstelik suçlu damgasıyla çıkmaktadır.

Yasaya göre küçükler hakkında, adli sicile geçilen bilgiler ancak soruşturma ve kovuşturma konusu olan işler nedeniyle savcılık ya da hakimlik tarafından istenmesi, bir de yasama meclisi seçimleriyle ilgili yüksek seçim kurulu tarafından istenmesi durumunda bildirilir ve bu amaçla verilen bilgiler başka bir amaçla kullanılamaz. Ancak uygulamada durum farklıdır. Yasaya göre;

“...11-18 yaş arasında suç işleyen çocuğa verilen hüküm kaydına sadece mahkemeler ve TBMM üyeliği secimi için geçirilir ve kullanılır. Bunun dışındaki hiçbir nedenle bu bilgiler bildirilmez ve kullanılmaz. Oysa çocuk, okula girerken, işe girerken, pasaport alırken veya buna benzer yaşamı ile ilgili herhangi bir nedenle güvenlik soruşturması adı altında polise başvurduğunda, polis sicilindeki bu bilgileri kullanmaktadır. Adli Sicil Yasası’nda, bu bilgilerin bu şekilde kullanan ve bildirenler hakkında cezai kovuşturma öngörülmüştür.

Buna rağmen polis bu bilgileri kullanmakta ve çocukluğunda işlenen ve yasalar gereği gizli tutulan bu bilgileri ilgililere aktararak, onun eğitimine, işe girmesine, başka bir deyimle yaşamasına, topluma yararlı bir insan haline gelmesine engel olunmaktadır” (Asma, 1997, s. 49).

Suçta yol açan sorunlar çözülmediği halde insanın (çocuğun) damgalanması kriminal bir kariyerin önünü açmaktadır.

“İnteraksiyonist yaklaşım insanların objektif olarak sapkın davranışlarından dolayı değil, belirli tanımlama, damgalama ve saflara ayırma gibi sonuçlar yaratan sosyal psikolojik süreçler sonucunda suçlu olur... Bu yaklaşımı savunan teorisyenlerin ortak düşünceleri sapkın davranışları, özellikle de suç davranışını sorunların üstesinden gelmenin bir denemesi olarak görmeleridir. Böyle bir durumda sorunlar çözülmeden ceza ile yetinilirse -olumsuz tanımlamalar ve etiketlemeler nedeniyle- yeniden suç işleme ve de kriminal bir kariyer olasılığı artar” (bkz., Geiser, 1992, 1).

Bu yaklaşım suçu birey ile toplum arasındaki bir interaksiyon süreci, bir karşılıklı şartlandırma ve ilerletme süreci olarak görür (bkz., Kerscher, 1985, s. 74). Sorunların üstesinden gelemeyen çocuk çıkar yol olarak suç işlemeyi görmüş ve ilk adımı atmıştır. Toplum ise çocuğu suça iten sorunu çözmek, çocuğa gerekli olan desteği sağlamak yerine onu damgalamakta, suçluluğunu ilan etmektedir. Kısacası çocuk/genç tahliye olduğunda, yazının başından itibaren sunmaya çalıştığım sorunların yanında ek bir sorunla, damgalanma sorunuyla dışarı çıkmaktadır. Onu suça itebilecek nedenler eksilmemiş, artmıştır. Artık o kendisini toplumun bütününden soyutlanmış ve suçlu rolüne indirgenmiş hissetmektedir.

Kırsal alanda, tarımda çalışacak çocuk açısından sicilinin kötü olması çok şeyi değiştiremeyebilir. Ancak şehirde durum farklıdır ve her iş ya da

eğitim kurumu sabıka kaydı ya da polis raporu istemektedir. Bu durumda çocuğun önu ciddi ölçüde kapanmaktadır. Belirtildiği gibi onu koruyacak, bu tür sorunlarının çözümünde de yardımcı olacak kurumlaşma yoktur. Aile ve akraba çevresinden yeterli destek yoksa çocuk bir çok durumda eski çevresine, birlikte suç işlediği, ya da suç işlemeyi öğrendiği çevreye mahkum olacaktır.

3.3. Bir Öncü Kurum: Türkiye Çocuklara Yeniden Özgürlük Vakfı

Yukarıda bireyselleşme sürecinin batı toplumlarında yaşamın farklı alanlarında ortaya çıkan yeni gereksinimleri karşılayacak kurumların oluşmasıyla bir paralellik gösterdiğini söylemişim. Türkiye’de şehirleşmenin hızlı ve plansız yaşanması, süreçte çekici değil, itici unsurların esas rolü oynaması nedeniyle bu kurumlaşma oluşmamıştır. Burada politik tercihlerin ve önceliklerin de elbette önemli bir rolü vardır.

Çocuk suçluluğu ve çocuk yargılaması alanındaki bir çok sorunun yanı sıra çok önemli bir sorunun da suça itilmiş çocuklara mahkeme, ya da tutukluluk sonrası destek olacak kurumların yokluğunu vurguladım. Tam da bu alandaki sorunlara çözüm aramak ve de özellikle tahliye sonrası desteksiz kalan gençlere, çocuklara ailelerin ya da devlet kuruluşlarının sağlayamadığı desteği sunmak üzere 1992 yılında İstanbul’da Çocuklara Yeniden Özgürlük Vakfı adı altında bir kuruluş oluşturuldu. Merkezi İstanbul’da olan vakfın, İzmir ve Ankara’da şubeleri bulunmaktadır.

Burada şimdiye kadar çizmiş olduğum umutsuz tabloyu biraz değiştirmek, tüm olumsuzlukların yanında olumlu şeylerin de yaşandığının altını çizmek ve de vakfın bu alandaki yol gösterici önemdeki çalışmalarını kısaca özetlemek istiyorum.

Vakıf İstanbul Kadıköy’de devletten alıp, gönüllülerin desteğiyle onardığı dört katlı binasında çalışmalarını sürdürmektedir. İstanbul’da gençlerle ilgili çalışmaları sistemleştirmek, onların suçtan arınmış, özerk bir yaşam sürdürmelerine yardımcı olmak ve yasalarda buna uygun değişiklikler yapılması konusunda çaba göstermek üzere 1997 yılında aynı binada Gençlik Eğitim Merkezi oluşturulmuştur.

Eğitim merkezinde gençlere tahliye sonrası dönemde yaşamlarını yeniden kurabilmeleri ve özerk bireyler olarak yaşayabilmeleri, kendilerini geliştirebilmeleri konusunda destek sunulmaktadır. Gençlere merkezde çeşitli konularda kurslar verilmekte, psikolojik danışmanlık hizmeti sunulmakta, sağlıkla ilgili sorunlarının çözümüne aracılık edilmekte, aileleriyle ve yakınlarıyla ilişki kurularak zayıflamış, ya da zedelenmiş ilişkilerin

yeniden oluşturulmasına çalışılmakta, zor durumlarda burs ve benzeri maddi imkanlar bulunmakta, sinema, tiyatro, piknik, yaz kampı gibi olanaklar sağlanmaktadır. Belki bunların yanında en önemli yardımlardan biri, zorda kalan, sorunlarını çözemeyen gencin sıkışık durumlarda derdini anlatabileceği bir ilişkinin sunulmasıdır.

Şimdilik esas olarak hafta sonunda olmak üzere merkeze düzenli olarak kırk genç gelmektedir. Merkeze gelenlerin yakın dönemde kanunla başı derde girmiş ve bu nedenle hakkında dava açılmıştır. Vakfın adresi gençlere mahkeme sürecinde görüştükleri sosyal hizmet görevlileri, psikologlar ya da pedagoglar tarafından verilmektedir. Adres verilen gençlerin bir kısmı vakfa gelip, gençlik merkezinin hizmetlerinden yararlanıyorlar. Ancak vakıfla mahkeme arasındaki ilişki yazılı bir sözleşmeye dayalı, yani resmi, kurumsallaşmış, karşılıklı yükümlülükler içeren bir ilişki değildir ve sadece karşılıklı iyi niyete dayanmaktadır. Adres verilen gençlerin gelme zorunluluğu olmadığı gibi, merkezin rapor sunma gibi bir ödevi de yoktur.

Doğrudan Gençlik Eğitim Merkezi tarafından yürütülmeyen vakfın bir diğer çalışması tutukevine yöneliktir. Vakıf İstanbul'daki tutukevinde gençler için Mart 1998'den beri çeşitli kurslar düzenlemiş, gençlere dışarıdan sağlanan maddi olanaklara çeşitli imkanlar sunulmuş (voleybol ağı, basketbol potası, koğuşların badana edilmesi, mutfaklara fayans döşenmesi gibi), hukuk yardımı yapmış, gençlerin dışarıdaki aile ve yakınlarıyla ilişkiler kurmuştur.

Vakfın çok önemli faaliyetlerinden biri de çocuk suçluluğu alanında yasal ve kurumsal düzenlemeler için kamuoyu çalışması yapmaktır. Bu çerçevede çocuk suçluluğunun nedenleri, yargılama ve infaz süreçlerinin anlatıldığı bir dia projesi hazırlanmıştır. Belli aralıklarla *Özgür Kuş* adlı bir yayın organı çıkarılmaktadır. Vakfın kütüphanesinde çocuk suçluluğu ile ilgili ciddi bir kaynak birikimi vardır ve isteyenlerin kullanımına sunulmaktadır. Vakıf konuyla ilgili çok sayıda toplantı düzenlemekte, ya da düzenlenen toplantılara katılmaktadır. Bakanlık görevlileriyle sıkı bir bilgi ve deneyim alış-verişi yapılmaktadır.

Tüm bu çalışmalar devlet desteği olmaksızın çok sınırlı sayıda ücretli ve çok sayıda gönüllü ile yürütülmektedir. Tüm maddi olanaklar bağışlar ve sponsor desteğiyle sağlanmaktadır. Vakfın uzun vadeli hedeflerinden biri de bu çalışmanın bakanlıkla yapılacak bir sözleşme çerçevesinde resmileştirilerek sürdürülmesi ya da bakanlığın aynı türden çalışmalarını düzenleyecek kadroları oluşturmasıdır. Ayrıca tutukevi çalışanlarına gerekli eğitimin verilmesi, sosyal hizmet uzmanı, pedagog, psikolog ve hukukçu kadrolarının oluşturulması amaçlanmaktadır.

Vakıf şu anda Türkiye’de konu ile ilgili fikrine başvurulmuş kurum haline gelmiş ve çocuk suçluluğu biraz da vakfın çalışmaları sayesinde bir sorun olarak görülmeye başlanmıştır. Şu ana kadar henüz yasal düzeyde bir değişiklik gerçekleşmedi. Ancak konu ile ilgili bir hassasiyetin oluştuğunu sözetmek mümkündür. Vakfın katkılarıyla İstanbul tutukevindeki koşullar iyileşmiştir. Vakfa gelen gençlerin önemlice bir kısmı normal günlük yaşamaya dönmüşlerdir. Yeniden suç işleyenlerin sayısı çok sınırlıdır.

Bu çalışmada sık sık kentleşmenin ve bununla birlikte gelişen bireyselleşme sürecinin, kendi kaderine terkedilen insanları (gençleri) kucaklayacak, koruyup, destekleyecek kurumları da yaratması gerektiği vurgulandı. Batı’dan farklı olarak Türkiye’de hızlı ve plansız kentleşmeden dolayı bu kurumlar oluşmadı. Çocuklara Yeniden Özgürlük Vakfı kentleşme sürecindeki Türkiye’de, kendi alanında kente uygun bir kurum, gelecekteki çalışmalar ve kurumlar için bir örnek (model) dir.

Özet

Türkiye’de ellili yıllardan beri hızlı ve plansız bir kentleşme yaşanmaktadır. Kentleşme sürecine eski toplumsal yapıları ve ilişkileri hızla ortadan kaldıran bir bireyselleşme süreci eşlik etmektedir. Bu süreçlerin ortaya çıkardığı yeni sorunları çözecek ya da hafifletecek bir kurumlaşma ise oluşmamıştır.

Bu hızlı ve plansız kentleşme şehirlerde gecekondular ve gecekondular olmayan alanlar biçiminde bir alansal ayrışmayı (raeumliche Segregation), ülke ortalamasından daha yüksek düzeyde işsizliği ve daha adaletsiz bir gelir dağılımını birlikte getirmiştir.

Şehirleşme süreci Güneydoğu Anadolu’da on beş yıl boyunca süren silahlı çatışmalarla daha da hızlanmıştır.

Türkiye’de tüm bu gelişmelerin sonucu olarak himayecilik diye adlandırabileceğimiz bir ilişki biçimi hakim olmaya başlamıştır.

Gençlik suçluluğu, burada tartışmadığımız başka nedenlerin yanında, bu olumsuz gelişmelerin bir sonucudur. Suç işleyen gençler çoğunlukla şehirde oturmaktadırlar. Şehirde oturanlar arasında gecekondular bölgelelerinde oturanların oranı çok yüksektir. Gençlerin büyük bir kısmı da yakın dönemde köyden şehire göç etmiş Doğu ve Güneydoğu kökenli ailelerden gelmektedirler.

Yine bu etkenlere bağlı olarak işlenen suçların türlerinde bir kayma olmuş, şahsa karşı suçlar önemli ölçüde azalırken mala karşı suçlar artmıştır.

Türkiye’de şehirleşme sonucu ortaya çıkan sosyal sorunları hafifletecek ya da çözecek, sorunların ortaya çıkış sürecine paralel biçimde gelişen bir kurumlaşma oluşmamıştır. Destek kurumlarının ve ikincil önleyici kurumların olmayışı ya da yetersizlikleri ve yasal alandaki sorunlar çocuk suçluluğunun ortaya çıkmasında ek bir unsur oluşturmaktadırlar.

Çocuklara Yeniden Özgürlük Vakfı bu alanda örnek bir çalışma yürütmektedir. Vakıf bir yandan sınırlı olanaklarla yapılan çalışmalarla, gelecekteki çalışmalar için model işlevi görmekte, öte yandan yasal çerçevenin ve kurumların yaratılması için kamuoyu çalışmaları yapmaktadır.

KAYNAKÇA

- Alkan, T., *Hürriyet*, 24.10.1998.
- Arendt, H. (2001), *Sivil İtaatsizlik, Kamu Vicdanına Çağrı*, Arendt, H., Dwor-kin, R. ...(içinde), s. 77-118. İstanbul, Ayrıntı.
- Asma, T., (1997), *Çocuk Mahkemeleri, Emniyet Genel Müdürlüğü, Küçükleri Koruma Hizmetleri Yönetici Semineri Notları* (içinde), s. 38-49, Ankara, Asayiş Şube Müdürlüğü.
- Beck, U., (1986), *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp.
- Buchmann, M., (1983), *Konformität und Abweichung im Jugendalter*, Dissenhofen, Rüegger.
- Devlet İstatistik Enstitüsü, (1972), *Kadın ve Çocuk Hükümlüler*, Ankara, Devlet İstatistik Enstitüsü.
- Devlet İstatistik Enstitüsü, (1998), *Güvenlik Birimine Gelen, Getirilen Çocuk İstatistikleri 1997*, Ankara, Devlet İstatistik Enstitüsü.
- Devlet İstatistik Enstitüsü, (1998), *Adalet İstatistikleri, 1996*, Ankara, Devlet İstatistik Enstitüsü.
- Devlet İstatistik Enstitüsü, (1999), *Adalet İstatistikleri, 1997*, Ankara, Devlet İstatistik Enstitüsü.
- Devlet Planlama Teskilati, (1996), *Ekonomik ve Sosyal Sektörlerdeki Gelişmeler*, Ankara, DPT.

- Eisner, M., (1997), *Das Ende der zivilisierten Stadt? Die Auswirkungen von Modernisierung und urbaner Krise auf Gewaltdelinquenz*, Frankfurt/Main, Campus.
- Friedrichs, J., (1995), *Stadtsoziologie*, Opladen, Leske+Budrich.
- Geiser, K., (1992), *Interaktionistische Ansätze zur Erklärung abweichenden Verhaltens*, Yayınlanmamış Ders Notları, Zürich Sosyal Hizmetler Yüksek Okulu.
- Hancı, I. H., Ege, B., (1993), *İzmir İslah Evindeki Hükümlü Çocukların Demografik Özellikleri*, 7. Ulusal Adli Tıp Günleri, Poster Sunulari, Ankara, Adalet Bakanlığı ve Adli Tıp.
- Hancı, I. H., Ekin, Ö., Akçiçek, E. (1995), "İç Göçlerin Çocuk Suçluluğuna Etkisi", *Adli Tıp Dergisi*, 11. s. 173-183.
- Hancı, I. H., (1995), "Gecekondulaşma ve Çocuk Suçluluğu", *Adli Tıp Dergisi*, 11. s. 55-62.
- Hancı, I. H., Akçiçek, E., Aktaş E. Ö., Batuk, G., Coşkunol, H., Erol, A., (1995), "Çocuk Suçluluğuna Ekolojik Bir Yaklaşım: Çocukların Oturdukları Şehir Bölgeleri", *Adli Tıp Dergisi*, 11, s. 185-189.
- Hurrelmann, K., (1989), *Einführung in die Sozialisationstheorie. Ueber den Zusammenhang von Sozialstruktur und Persönlichkeit*, (2. Auflage), Weinheim und Basel, Beltz Verlag.
- Hurrelmann, K., Rosewitz, B., Wolf, H. K., (1989), *Lebensphase Jugend. Eine Einführung in die sozialwissenschaftliche Jugendforschung*, (2. Aufl.), Weinheim und München, Juventa.
- İçli, T. G., (1994), *Kriminoloji*, Ankara, Kendi yayını.
- Kaiser, G., (1989), *Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen*, (8. Aufl.), Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag.
- Karagöz, Y. M., (1995), *Antalya'da Çocuk Suçluluğu*, 225 Olguluk bir Anket Çalışması, Yayınlanmamış Araştırma.
- Karrer, D., (1998), *Die Last des Unterschiedes. Biographie, Lebensführung und Habitus von Arbeitern und Angestellten im Vergleich*, Opladen/Wiesbaden, Westdeutscher Verlag.
- Kerscher, I., (1985), *Sozialwissenschaftliche Kriminalitätstheorien*, Eine Einführung (4. Aufl.), Weinheim und Basel, Beltz Verlag.
- Kongar, E., (1998), *21. yy'da Türkiye*, 10. baskı, İstanbul, Remzi.

Radikal (Günlük Gazete), 25.8.2000, "Türkiye Sokaklardaki Çocukların Sayısını Bile Bilmiyor", *Öteki Çocuklar*.

Sönmez, M., (1998), *Bölgesel Eşitsizlik, Türkiye'de Doğu Batı Uçurumu*. İstanbul, Alan.

Wikström, P. O. H., (1991), *Urban Crime, Criminals, and Victims, The Swedish Experience in an Anglo-American Comparative Perspective*, New York, Springer-Verlag.

Yücel, M., (1989), *Çocuk Suçluluğu ve Mahkemeler*, Unicef ve Devlet Planlama Teşkilatı (Yayınlayan), *Türkiye'de Çocuğun Durumu* (s. 149-175), Ankara, DPT.

GENEL HACİZ YOLU İLE İLAMSIZ TAKİPLERDE YETKİLİ İCRA DAİRESİ (İİK m. 50)

Talih UYAR*

Genel haciz yolu ile ilamsız takiplerde, yetkili icra dairesinin hangisi (neresi) olduğu İİK m. 50'de¹ düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu maddede, "HUMK'un 'yetkiye ilişkin' hükümlerinin (m. 9-27), 'para ve teminat alacakları için olan ilamsız takiplerde' de uygulanacağı" belirtilmiştir. Bu nedenle, adı geçen kanundaki "genel ve özel" yetki kuralları HUMK m. 10'daki ayrık durum hariç olmak üzere icra hukukunda da aynen ve örnekseme yoluyla (kıyasen) uygulanır.

I. A. İlamsız Takiplerdeki Genel Yetki Kuralları: Borçlunun, MK gereğince (m. 19-22) ikametgahı² (yerleşim yeri) sayılan yerdeki icra dairesi genel yetkili icra dairesidir. Yani, her "ilamsız takip" -hakkında, başka "kesin yetki hükmü" bulunmadıkça- borçlunun takip tarihindeki ikametgahının bulunduğu yer icra dairesisinde yapılabilir.

Ancak, alacaklı, borçlunun adresini (ikametgahını) takip talebinde bilerek yanlış gösterirse, bu yer "yetkili icra dairesi"nin belirlenmesinde göz önüne alınmaz...³

* İzmir Barosu üyesi.

¹ Madde 50: "Para veya teminat borcu için takip hususunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun yetkiye dair hükümleri kıyas yoluyla tatbik olunur. Şu kadar ki, takibe esas olan akdin yapıldığı icra dairesi de takibe yetkilidir.

Yetki itirazı esas hakkındaki itirazla birlikte yapılır. İcra mahkemesi tarafından önce yetki meselesi tetkik ve kati surette karara raptolunur.

İki icra mahkemesi arasında yetki noktasından ihtilaf çıkarsa Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 25. maddesi hükmü tatbik olunur."

² Ayrıntılı bilgi için bkz., İmre, Z., *İkametgah Kavramı ve Buna İlişkin Meseleler* (İst. ÜHF 50. Yıl Armağanı, 1973, s. 209 vd.)

³ Bkz., 12. HD. 1.11.1983 T. 6768/8226.

Borçlunun, takip tarihinden sonra ikametgahını değiştirmesi, takibin yeni ikametgahın bulunduğu yer icra dairesine nakledilmesini gerektirmez. Aynı şekilde, “ilamlı takipler” hakkındaki İİK m. 34/II, “ilamsız takipler” hakkında uygulanmadığından, yetkili icra dairesindeki takip, alacaklının ikametgahını değiştirmesi üzerine, yeni ikametgahın bulunduğu yer icra dairesine nakledilmez.

Gerçek kişilerin ikametgahı (yerleşim yeri); yerleşmek (sürekli kalmak) niyetiyle oturdukları yerdir (MK m. 19/I).

Tüzel kişilerin ikametgahı (yerleşim yeri); kuruluş belgelerinde başka bir hüküm bulunmadıkça, işlerinin yönetildiği yerdir (MK m. 51). Derneklerin merkezi, derneğin tüzüğünde ve ticaret ortakları (şirketleri)nin merkezi de, ortaklık kuruluş sözleşmesinde yazılı olduğundan, bunlara karşı yapılacak takiplerde genel yetkili icra dairesi, bunların merkezlerinin bulunduğu yerdeki icra dairesidir.

Takip konusu borcun, birden fazla borçlusu bulunması halinde, alacaklı, bunlardan birisinin ikametgahının bulunduğu yerde -tüm borçlular hakkında- icra takibi yapabilir (HUMK m. 9/II). Ancak hemen belirtelim ki, bu hüküm (kural) yalnız “borçlulardan birinin ikametgahındaki (yerleşim yerindeki) icra dairesinde takip yapılması halinde” geçerli olur.⁴

II. B. İlamsız Takiplerdeki Özel Yetki Kuralları

A. Sözleşmeden Doğan Para Borçları;

aa. Sözleşmenin yapıldığı yer icra dairesinde HUMK m. 10’daki “*takip tarihinde*” borçlunun ya da vekilinin orada bulunması koşulu aranmaksızın (m. 50/I),

bb. Sözleşmenin yerine getirileceği (icra edileceği) yer, icra dairesinde (HUMK m. 10) takip konusu yapılabilir.⁵

cc. Ayrıca; BK m. 73’e göre; para borçları, alacaklının ikametgahında ödenmesi gerektiğinden, alacaklı, sözleşmeden doğan bir para alacağını sözleşmede, ayrıca yetkili yer gösterilmiş olmadıkça kendi ikametgahının bulunduğu yerdeki icra dairesinde takip konusu yapabilir.⁶ Örneğin; kirala-yan kira alacağı için,⁷ ipotekli alacaklı, ipotekle teminat altına alınmış olan

⁴ Bkz., 12. HD. 8.3.2004 T. 208/5300; 5.3.2004 T. 27821/5085; 27.11.12004 T. 24549/1461 vb.

⁵ Bkz., 12. HD. 29.3.2004 T. 281/5432; 1.12.2003 T. 20312/23302; 24.10.2003 T. 16485/20797 vb.

⁶ Bkz., 12. HD. 19.6.1995 T. 8938/9079; 23.9.1994 T. 10279/11042; 19.4.1994 T. 5087/4946.

⁷ Bkz., 12. HD. 30.10.1990 T. 3265/10669; 29.6.1989 T. 1186/10015 vb.

alacağı için,⁸ alacağını konkordatoya yazdırmış olan alacaklı, konkordatoya dahil edilen bu alacağı için⁹ kendi ikametgahının (yerleşim yerinin) bulunduğu yerde, icra takibi yapılabilir... BK m. 73/I hükmü, sadece götürülecek yani “alacaklının ikametgahında ödenecek” borçlar içindir. Aranacak borçlarda bu hüküm uygulanmaz. Bu borçlar “borçlunun ikametgahında” ödenir. Bu nedenle “kambiyo senetlerine bağlı alacaklar” aranacak alacak olduğundan (TK 667, 708) bu alacaklar “borçlunun ikametgahında” ya da kambiyo senedinde yazılı “ödeme yerinde” ödenir.¹⁰

Alacaklı ile borçlu arasında “para borcu doğuran bir sözleşme” mevcut olmadıkça, alacaklı BK m. 73/I uyarınca kendi ikametgahında takipte bulunamaz...¹¹

Yukarıda açıklanan yetki kurallarının uygulanışını şöyle bir örnekle gösterebiliriz;

Ankara’da ikamet eden (A), Eskişehir’de otomobilini, İzmir’de oturan (B)’ye taksitle satsa, (B) taksitleri ödemeseyse, satıcı (A), bu satış sözleşmesinden doğan semen alacağını; a) BK m. 73/I gereğince “ifa yeri icra dairesi” olarak Ankara İcra Dairesi’nde, b) Satış sözleşmesinin yapıldığı yer olan (m. 50/I) Eskişehir İcra Dairesi’nde, c) Daha önce belirttiğimiz genel yetkili icra dairesi olan borçlunun ikametgahının bulunduğu İzmir İcra Dairesi’nde takip konusu yapılabilir.

“Sözleşmeden doğan para alacakları” için kanunda öngörülen bu özel yetki kuralları, “borçlunun ikametgahının (yerleşim yerinin) bulunduğu yerde” takip yapılmasına (genel yetki kuralı) engel teşkil etmez.

b. Memur, asker, öğrenci, amele, çırak ve hizmetçi gibi bir yerde geçici olarak oturan kimseler hakkında yapılacak takipler -bu kişilerin o yerdeki oturmalarının oradaki uğraşlarına göre uzunca bir süre devam edebilecek durumda olması halinde- bunların geçici olarak buldukları yer icra dairesinde de yapılabilir (MK. m. 20).

c. Gerçek ya da tüzel kişinin çeşitli yerlerde şubesi varsa, o şubenin işlemlerinden dolayı, o şubenin bulunduğu yer icra dairesinde de takip yapılabilir (HUMK m. 17).

III. İcra hukukunda, usul hukukunda olduğu gibi, yetki kural olarak, kamu düzeni ile ilgili değildir. Bu nedenle, icra müdürü, yetkisizliğini

⁸ Bkz., 12. HD. 23.12.1985 T. 5981/11398; 24.11.1986 T. 2596/12775.

⁹ Bkz., 12. HD. 17.3.1977 T. 2721/2450.

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., *İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri*, 2001, 3. Bası, C. 1, s. 893 vd.

¹¹ Bkz., 12. HD. 6.12.1984 T. 9371/12682.

kendiliğinden dikkate alamaz. Ancak, yetkinin, icra hukukunda da, ayrık olarak kamu düzeninden sayıldığı durumlar vardır:

a. Hacedilen taşınmazlar, ancak buldukları yerdeki icra dairesince paraya çevrilebilir.

b. Terekeye karşı yapılacak takipler için mutlaka, “ölenin son ikametgahındaki” icra dairesine başvurmak gerekir, “Terekeye karşı yapılacak takip” ile, “mirasçılarının tümüne karşı bunların mirasçılık sıfatları ile ilgili olarak” yapılacak takipler kastedilmektedir. Mirasçılar birden çok olup da, bunlardan sadece birine ya da birkaçına karşı takipte bulunulmuş ise, bu takip “terekeye karşı yapılan takip” niteliğinde sayılmaz. Mirasçı iki kişi olup da, bunlardan biri aynı zamanda, miras bırakandan alacaklı ise, onun diğer mirasçıya karşı yaptığı takip “terekeye karşı yapılan takip” sayılabilecek midir? Mirasçılar birden fazla olduğu durumlarda, alacaklı takibini, mirasçılarının hepsine birden yönelterek “ölenin son ikametgahının bulunduğu yerdeki” ya da mirasçılardan sadece birine veya birkaçına yönelterek “onların ikametgahlarının bulunduğu yerdeki” icra dairesinde yapabileme hususunda bir seçim hakkına sahip olduğundan, mirasçının bir kişi ya da iki kişi olup da birinin diğerini takip ettiği durumlarda, alacaklının aynı seçim hakkına sahip olacağı kabul edilmelidir. Yani, alacaklı dilerse takibini tereke borcundan dolayı, sorumlu olan “mirasçıya karşı” açar ve bu takdirde “genel yetki kuralları” uygulanır, dilerse takibini tek mirasçıya karşı fakat “terekeye karşı takip” niteliğiyle açar ve bu takdirde, takibin mutlaka “ölenin son ikametgahı”nın bulunduğu yerdeki icra dairesinde yapılması gerekir.

c. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu’nun 33. maddesi uyarınca hakim m. müdahalesini gerektiren durumlarda açılacak dava (ve yapılacak takiplerin) ana taşınmazın bulunduğu yerde görülmesi gerekir. Örneğin; apartman yönetim giderinin tahsili için, ana taşınmazın bulunduğu icra dairesinde takipte bulunulması gerekir...¹²

d. İcra mahkemelerinin yetki çevresini belirleyen İİK m. 360 hükmü de, kamu düzeniyle ilgili bir hükümdür.¹³

IV. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, “yetkinin, kamu düzeni düşüncesiyle belirlenmediği konularda” tarafların yetkiyi belirleme konusunda geçerli olarak anlaşabileceklerini kabul ettiğinden (HUMK m. 22), İİK m. 50’de de “HUMK’daki yetki hükümlerine” yollama yapıldığından, icra hukuku bakımından, tarafların -gerçekte- yetkili olmayan bir icra dairesini, yetkili

¹² Bkz., 12. HD. 28.1.2003 T. 28645/1333; 11.11.2002 T. 21722/23054; 6.7.2000 T. 9930/11426.

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz., Uyar, T., İcra Hukukunda Yetki-Görev ve Yargılama Usulü “Tetik Mercii”, 1991, 2. Bası, s. 115 vd.

kılmak için sözleşme yapabilmeleri mümkündür.¹⁴ İcra hukukundaki “yetki sözleşmesi”nin koşulları da, usul hukukundakinin¹⁵ aynıdır. Yani;

a. Yetki sözleşmesi yazılı olmalıdır.

b. Kesin yetki söz konusu olan yani yetkinin kamu düzeninden sayıldığı durumlarda, yetki sözleşmesi yapılamaz.

Taraflar “yetki sözleşmesi” ile, yasal olarak -genel ve özel- yetkili olan mahkeme (ve icra dairelerinin) yetkisini ortadan kaldıramazlar.^{16 17}

Uygulamada, tarafların “yetki sözleşmesi” yaparak, belirli bir mahkemenin (ve icra dairesinin) yetkisini kabul etmiş olmaları halinde, “tarafların mutlaka o mahkemeye (ve icra dairesine) başvurabilecekleri, bunun dışında yasal olarak (HUMK m. 9) yetkili olan davalının (borçlunun) ikametgahının bulunduğu yerdeki mahkemeye (icra dairesine) başvurulamayacağı” sanılmaktadır. Halbuki bu duraksama hatalıdır. Yüksek mahkeme de, çeşitli içtihatlarında “yetkili mahkemenin (icra dairesinin) gösterilmesinin, genel yetki kurallarını bertaraf etmeyeceğini” kesinlikle vurgulamıştır.¹⁸

c. Yetki sözleşmesi belirli olmalıdır. Alacaklıya “dilediği yer icra dairesinde” takipte bulunabilme hakkı veren yetki sözleşmeleri hükümsüzdür.¹⁹

Keza, uygulamada çok sık görülen “TC mahkemelerinin (ve icra dairelerinin)” yetkili olduğuna dair konulan kayıt da “belli bir mahkeme ve icra dairesinin yetkisini öngörmediği için” geçersizdir.²⁰

Yetki sözleşmeleri hususunda gerek doktrin ve gerekse uygulamada, şu hususlar duraksama ve uyuşmazlık konusu olmuştur:

¹⁴ Bkz., 12. HD. 20.12.2002 T. 25893/27065; 5.11.1999 T. 12237/13905; 10.12.1992 T. 13568/1126.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz., Üstündağ, S., *Medeni Usul Hukukunda Selahiyet Anlaşmaları* (İHFM. 1961/1-4, s. 310 vd.); Kuru, B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 2001, 6. Bası, C. 1, s. 555 vd.; Postacıoğlu, İ., *Medeni Usul Hukuku*, 1975, s. 160 vd.; Bilge, N., Önen, E., *Medeni Yargılama Hukuku*, 1978, s200 vd.; Üstündağ, S., *Medeni Yargılama Hukuku*, 2000, 7. Bası, s. 210 vd.; Pekcanitez, H., Atalay, O., Özekes, M., *Medeni Usul Hukuku*, 2001, 2. Bası, s. 106 vd.

¹⁶ Berkin, N., *İcra Hukuku Rehberi*, 1979, s. 173; Kuru, B., *İcra ve İflas Hukuku*, 1988, C. 1, s. 179 Yüksek mahkeme de bu görüştedir. Bkz., 13. HD. 20.10.1981 T. 6029/6608 (YKD. 1982/1, s. 80); 15. HD. 5.4.1984 T. 719/1191 (YKD. 1985/6, s. 864); 13. HD. 5.12.1986 T. 5540/6071 (YKD. 1988/9, s. 1254); 6. HD. 9.3.1987 T. 846/2644 (YKD. 1987/10, s. 1489).

¹⁷ Aksi görüş, Üstündağ, S., *Medeni Yargılama Hukuku, a.g.e.*, s. 217, dipn. 121

¹⁸ Bkz., 12. HD. 9.6.2003 T. 10362/13460; 9.6.2001 T. 14186/12982; 7.6.2001 T. 9102/10136.

¹⁹ Bkz., İİD. 18.10.1968 T. 8943/9393.

²⁰ Bkz., 12. HD. 27.5.2003 T. 9473/12176; 26.9.1991 T. 2009/9644.

1. Yetki sözleşmesinde, birden fazla yer icra dairesinin yetkisi kabul edilebilir mi? Doktrinde; *“ taraflar yetki sözleşmesinde sadece bir tek yer mahkemesini yetkili kılabilirler, birden fazla mahkemenin yetkili kılınması mümkün değildir. Çünkü, maddede (HUMK m. 22) ‘mahkemelerden’ değil ‘mahkemedен’ (tekil) bahsedilmektedir”*²¹ denmesine rağmen uygulamada, *“birden fazla yer mahkeme ve icra dairelerinin yetkili olacağı”* düzenlenen sözleşme ve bonolarda öngörülmektedir. Bu konuda, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi,²² *“belirli olmak koşulu ile”* birden fazla mahkemenin yetkili kılınabileceğini öteden beri kabul etmektedir. Ancak, mahkemesi yetkili kılınan yerlerin birbirinden çok uzak olmaması istenmektedir. Aksi takdirde, bu tür sözleşmeler, *“davalı için güçlük yaratacağı”* gerekçesiyle, yüksek mahkemece geçerli sayılmamaktaydı.²³ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi²⁴ ise, önceleri bonoda iki yerin yetkili gösterilmiş olmasının *“kambiyo senetleri ile bağdaşmadığını”* belirterek, bu tür kayıtları geçersiz saymaktayken, son kararlarında²⁵ *“bonoda gösterilen iki yerin de yetkili olduğunu”* kabul etmeye başlamıştır.

Kanımızca, alacaklı ve borçlunun kendi ikametgahlarının bulunduğu yerdeki icra dairelerinin birbirlerine karşı yapacakları takipler (ve açacakları davalar) için yetkili olacağını karşılıklı olarak kararlaştırabilmeleri, pratik gereksinmelere uygun olacağından, geçerli sayılmalıdır.

Yetki sözleşmesinde yer alan *“yetkili mahkeme koşulu”*, *“yetkili icra dairesi”* bakımından da geçerli olur mu? Doktrinde,²⁶ *“sadece mahkemedен söz eden bir yetki sözleşmesinin, icra dairesini de kapsamayacağı”* belirtilmesine rağmen uygulamada aksi görüş benimsenmektedir. Yüksek mahkeme,²⁷ çeşitli kararlarında, *“sözleşmede ‘mahkeme’ için öngörülen yetki koşulunun, ‘icra dairesi’ için de geçerli olacağını”* belirtmiştir...

2. Yetki sözleşmesi, tarafları ve onların mirasçılarını (küllü haleflerini) ve dava (takip) konusu alacağı devir alanları (cüz’i halefleri) de bağlar. Doktrinde²⁸ bu konuda görüş ayrılığı yoksa da, Yargıtay’ın bu konuya ilişkin içtihatları birbiri ile çelişmektedir. Gerçekten, 11. Hukuk Dairesi²⁹ *“miras-*

²¹ Kuru, B., *Usul*, C. 1, s. 563.

²² Bkz., 11. HD. 4.4.1974 T. 1307/1158; 3.12.1973 T. 4677/4822 (Uyar, T., *a.g.e.*, s. 79 vd.)

²³ Bkz., TD. 12.11.1959 T. 2336/439 (*Batıder*, 1961, C. 1, S. 2, s. 279)

²⁴ Bkz., 12. HD. 15.5.1984 T. 3401/6099; 2.12.1982 T. 8027/9002; 18.9.1979 T. 6183/6925

²⁵ Bkz., 12. HD. 27.5.2002 T. 1008/11095.

²⁶ Kuru, B. *Usul*, C. 1, s. 565; Eriş, G., *Kıymetli Evrak ve Taşıma*, 1988, s. 618.

²⁷ Bkz., 12. HD. 20.11.2003 T. 20276/23037; 10.11.1993 T. 13294/17550.

²⁸ Kuru, B. *Usul*, C. 1, s. 574; Ansay, S. Ş., *Hukuk, İcra ve İflas Usulleri*, 1960, s. 100; Üs-tündağ, S., *a.g.m.*, s. 337.

²⁹ Bkz., 11. HD. 2.2.1978 T. 321/290.

³⁰ Bkz., 3. HD. 20.5.1958 T. 3705/3092 – 17.9.1963 T. 7249/6538.

³¹ Bkz., İİD. 20.12.1954 T. 5697/5813.

birakanın yaptığı yetki sözleşmesinin mirasçuları bağlamayacağını" belirtirken, 3. Hukuk Dairesi³⁰ doğru olarak "*mirasbirakanın yaptığı yetki sözleşmesinin mirasçuları da bağlayacağını*" ifade etmiştir. İcra ve iflas dairesi³¹ de eski bir kararında, bu görüşe katılmıştır.

3. Yetki sözleşmesinde yetkili olduğu belirtilen icra dairesinin yetkisi, bu sözleşmenin geçersizliği ileri sürülmediği sürece devam eder. Eğer "*yetki sözleşmesindeki imza inkar edilirse*"³² ya da "*yetki sözleşmesinde sahtelik yapıldığı*"³³ -örneğin; yetkili yer olarak öngörülen İzmit'in İzmir şekline dönüştürüldüğü- ileri sürülürse, yetki sözleşmesinin geçerliliği tartışma konusu edildiğinden, öncelikle bu sözleşmenin geçerliliğinin -imza inkarının ve sahtelik iddiasının- araştırılması gerekir. Yetki sözleşmesinin geçersizliğine ilişkin iddianın asılsız olduğu anlaşıldıktan sonra, takibin yetki sözleşmesinde yetkili kılınan yerde yapılması mümkün olur.

V. Yetki İtirazının Yapılması: Yetkinin kamu düzeninden sayılmadığı durumlarda, icra müdürü, takip için icra dairesinin yetkisizliğini kendiliğinden dikkate alamayacağından, borçlunun yetki itirazında bulunması gerekir.

Takibin yapıldığı icra dairesinin "*yetkisiz olduğunu*" bildirmek isteyen borçlunun, bunu -diğer itiraz sebepleri gibi- "*icra dairesi*"ne,³⁴ "*itiraz süresi içinde*" bildirmesi gerekir. "*İcra dairesi*" yerine, "*icra mahkemesi*"ne yapılacak itiraz sonuç doğurmaz...³⁵

Yetki itirazının esas hakkındaki itirazla birlikte -yani; borçlu aynı zamanda, borca veya imzaya da itiraz etmek istiyorsa, bu itirazla birlikte-³⁶ yapılması gerekir (İİK m. 50/II). Bu hüküm, "*yetki itirazının reddi*" halinde, varsa "*esasa yönelik itirazların*"da incelenmesine olanak tanınarak, zaman kaybının önüne geçilmesini amaçlamaktadır.³⁷ Borçlu, ödeme emrine borç ya da imza yönünden itiraz ederken yetki itirazında bulunmamışsa, daha sonra -itiraz süresi dolmadan da- artık takibe yetki yönünden itiraz edemez.³⁸

Borçlu, esasa -borca ya da imzaya- itiraz etmeden, yalnız "*yetki itirazı*"nda bulunabilir.³⁹

³² Bkz., TD. 24.3.1971 T. 611/2346.

³³ Bkz., TD. 9.5.1958 T. E:2724.

³⁴ Bkz., 12. HD. 24.4.2001 T. 6149/6919; 20.4.1999 T. 4724/5047; 6.3.1989 T. 2346/3056.

³⁵ Bkz., 12. HD. 13.3.1987 T. 7575/3513; 3.3.1988 T. 4689/2415 vb.

³⁶ Bkz., 12. HD. 24.4.2001 T. 6149/6919; 20.4.1999 T. 4724/5047; 6.3.1989 T. 2346/3056 vb.

³⁷ Bkz., 12. HD. 20.5.1999 T. 6158/6624; 27.5.1997 T. 5878/6238.

³⁸ Kuru, B., *İlamsız İcrada İcra Dairesinin Yetkisine İtiraz* (İBD. 1986/7-8-9, s. 425, dipn.

4) Kuru, B., *İcra ve İflas Hukuku*, C. 1, s. 180, dipn. 17a.

³⁹ Bkz., 12. HD. 6.4.1988 T. 6655/4341

Kambiyo senedine mahsus haciz yolu ile takipte, borçluya hatalı olarak “örnek; 49 ödeme emri” gönderilmişse⁴⁰ veya kambiyo senedine dayanarak genel haciz yolu ile takipte bulunulmuşsa,⁴¹ borçlunun “yetki itirazı”nı, icra dairesine bildirmesi gerekir.

Borçlunun yaptığı yetki itirazı'nın da geçerli olabilmesi (ve takibi durdurabilmesi) için -yasada açık bir hüküm bulunmamasına rağmen- “yetkili icra dairesinin neresi olduğu”nun, yetki itirazında açıkça belirtilmesi gerekir.^{42, 43} Borçlu, “yetki itirazı”nda, yetkili icra dairesini doğru olarak göstermemişse, “yetki itirazının -bu itirazı inceleyecek mercice- reddine” karar verileceğinden, borçlunun yetkili icra dairesini doğru olarak belirledikten sonra, “yetki itirazı”nda bulunması gerekir.

Eğer, takip için birden fazla (genel ve özel) yetkili icra dairesi varsa, borçlu itirazında bunların hepsini birden mi bildirmeli, yoksa seçim hakkını kullanarak, sadece bunlardan birisini mi “yetkili icra dairesi” olarak bildirmelidir? Örneğin; takip konusu bonoda “İstanbul ve İzmir” İcra Dairelerinin yetkili olacağı belirtilmesine rağmen, ikametgahı (yerleşim yeri) İzmit'te olan borçlu hakkında Ankara'da icra takibi yapılmışsa, borçlu yetki itirazında, “yetkili icra dairesinin Ankara olmadığını” belirtirken, “yetkili icra dairesinin İstanbul, İzmir ve İzmit olduğunu”mu belirtecektir yoksa bunlardan birini seçip (tercih edip) sadece onun adını örneğin; “yetkili icra dairesinin İstanbul olduğunu”mu belirtecektir? Doktrinde, HUMK m. 23'ün son cümlesindeki “yetkili mahkeme” sözcüğüne dayanılarak, yetki itirazında bulunan tarafın, birden fazla mahkeme (ve icra dairesini) bildiremeyeceği, bunlardan birisini seçmek zorunda olduğu, böyle yapmaması halinde, yetki itirazının hükümsüz olacağı belirtilmesine rağmen⁴⁴ Yargıtay'ın bu konudaki içtihatları birbiri ile çelişkilidir.^{45, 46}

12. Hukuk Dairesi çok yeni bir kararında, “yetki itirazında bulunan borçlunun -yetkili olmaları koşuluyla- ‘birden fazla icra dairesinin yetkili olduğunu’

⁴⁰ Bkz., 12. HD. 17.3.1987 T. 2814/3686 .

⁴¹ Bkz., 12. HD. 10.10.2003 T. 15209/19773; 7.10.1988 T. 13538/11014.

⁴² Kuru, B., a.g.m., s. 425; Kuru, B., İcra ve İflas Hukuku, C. 1, s. 180; Kuru, B., Usul, C. 1, s. 591; Postacıoğlu, İ., İcra Hukuku Esasları, 1982, s. 110.

⁴³ Bkz., 12. HD. 10.3.1998 T. 2387/2847; 9.12.1996 T. 15033/15412; 7.10.1996 T. 9168/11809 vb.

⁴⁴ Kuru, B., Usul, C. 1, s. 593; Yavuz, N., Bir Usul Meselesi, Yetki İtirazlarında Birden Fazla Yetkili Mahkeme Gösterilebilir mi? (ABD, 1974/6, s. 1120 vd.)

⁴⁵ Doktrindeki bu görüş doğrultusundaki kararlar için bkz., 2. HD. 8.4.1985 T. 3008/3314 (İKİD. 1986/305, s. 4144 vd.); 13. HD. 9.3.1987 T. 1071/1352 (YKD. 1988/2, s. 219); 11. HD. 28.6.1973 T. 3079/3034 (İBD. 1975/11-12, s. 1045).

⁴⁶ Aksi görüşü benimseyen kararlar için bkz., HGK. 25. 12. 1987 T. 2-506/1103 (Yasa D. 1988/4, s. 535); 4. HD. 31.3.1986 T. 1836/2870 (Yasa D. 1986/7, s. 1002); 10. HD. 17.9.1973 T. 142/151 (İBD. 1973/9-10, s. 1089).

bildirebileceğini" belirtmiştir.⁴⁷ Ancak bu durumda, tercih hakkı alacaklıya geçeceğinden, "alacaklı tarafa tercih hakkını neresi için kullandığı"nın sorulması gerekecektir.

İcra takibinde birden fazla borçlu bulunuyorsa, her birinin ayrı ayrı "yetki itirazı"nda bulunması gerekir.⁴⁸

V1. Yetki İtirazının Sonuçları: "Süresi 7 gün içinde", "icra dairesine" yapılan "yetki itirazı" ile icra takibi durur.

"Yetki itirazı"nın bu sonucu doğurabilmesi için; a. "İtiraz süresi içinde" ve b. "İcra dairesine" yapılmış olması gerekir.⁴⁹ Bu nedenle, itiraz süresi geçtikten sonra -icra dairesine- yapılan veya itiraz süresi içinde icra mahkemesine yapılan itiraz⁵⁰ geçerli olmaz yani icra takibini durdurmaz.

"Yetki itirazı" "senet metninden anlaşılan" itiraz sebeplerinden olmadığından,⁵¹ borçlusu süresi içinde borca veya imzaya itiraz etmesi nedeniyle alacaklının icra mahkemesine başvurup "itirazın kaldırılması"ni istemiş olması halinde, borçlu icra mahkemesindeki duruşmada "yetki itirazı"nda bulunamaz.⁵²

Borçlu süresi içinde icra dairesine yetki itirazında bulunmamış (veya süresinden sonra yetki itirazında bulunduğu için bu itiraz geçersiz sayılmış) fakat borca veya imzaya itiraz etmiş olduğu için takip durmuş, alacaklı da mahkemeye başvurarak "itirazın iptali"ni (İİK m. 67) istemişse, bu davada borçlu mahkemenin yetkisine itiraz edebilir mi? Konu doktrinde⁵³ tartışmalı olduğu gibi, yüksek mahkemenin içtihatları da yakın zamana kadar birbiri ile çelişkili iken,⁵⁴ yüksek mahkeme son içtihatlarında "itirazın iptali davasının icra takibinin uzantısı olduğunu, iki dosyanın bir birlik oluşturduğunu, davalının (borçlunun) icra dairesinin yetkisine itiraz etmiş olması halinde, bu 'ha-

⁴⁷ Bkz., 12. HD. 30.1.2004 T. 27598/1927; 13.3.2003 T. 2596/5145; 24.4.2002 T. 7188/8482 vb.

⁴⁸ Bkz., İİD. 19.9.1964 T. 9557/9672.

⁴⁹ Bkz., Yuk. dipn. 27.

⁵⁰ Bkz., Yuk. dipn. 27a.

⁵¹ Bkz., 12. HD. 19.6.1979 T. 5483/5620; 18.10.1976 T. 8448/10198; 2.5.1978 T. 4019/3956.

⁵² Bkz., 12. HD. 3.2.1976 T. 10247/971.

⁵³ "Borçlunun, mahkemenin yetkisine itiraz edebileceği" görüşü için bkz., Kuru, B., *İcra ve İflas Hukuku*, s. 287, aksi görüş için bkz., Üstündağ, S., *İlamsız İcrada İcra Dairesi'nin Yetkisine İtiraz* (İBD. 1986/10-11-12, s. 615 vd.)

⁵⁴ Birinci görüş doğrultusundaki kararlar için bkz., 11. HD. 24.11.1987 T. 4238/6509; 15. HD. 23.10.1986 T. 4485/3475; 11. HD. 6.11.1985 T. 5986/5871; 13. HD. 2.12.1975 T. 2435/7861 (Uyar, T., *İcra Hukukunda Yetki – Görev ve Yargılama Usulü*, s. 32 vd.); İkinci görüş doğrultusundaki kararlar için bkz., 15. HD. 24.4.1989 T. 963/2055; 28.11.1985 T. 4185/3970 (Uyar, T., *a.g.e.*, s. 31 vd.)

dise'nin çözümlenmeden davaya devam edilemeyeceğini, itirazın iptali davasında mahkemenin yetkisine itiraz edilmiş olsun veya olmasın, mahkemenin öncelikle -icra mahkemesinin yerine geçerek- icra dairesinin yetkisine yönelik itirazı incelemesi ve borçlunun bu itirazını yerinde bulması halinde, işin esasına girmeden 'icra dairesinin yetkisiz olduğuna' aksi halde ise işin esasına girip, toplanacak delillerle oluşacak sonuca göre karar vermesi gerekeceğini" belirtmeye başlamıştır...⁵⁵

VII. Yetki İtirazının İncelenmesi: Alacaklı, borçlunun icra dairesine, süresi içinde yaptığı "yetki itirazı"nı ya kabul eder (yani itirazı haklı bulur) ya da kabul etmez:

a. Alacaklı, borçlunun "yetki itirazı"nı kabul ederse, "takip dosyasının borçlunun yetki itirazında bildirdiği icra dairesine gönderilmesini" -altı aylık, itirazın kaldırılmasını isteme süresi içinde-⁵⁶ ister.

Bu durumda, takip dosyası kendisine gelen icra dairesi, borçluya yeni bir ödeme emri gönderir.⁵⁷ Ancak, bu yeni ödeme emrinde "alacaklı" değişikliği yapılarak, borçluya başka (yeni) bir alacaklı adına ödeme emri gönderilemez...⁵⁸ Borçlu bu ödeme emrine karşı sadece "borca" ve "imzaya" itiraz edebilir, "yetki itirazı"nda bulunamaz...

b. Alacaklı, borçlunun yetki itirazını kabul etmezse; bu itirazın ortadan kaldırılmasını sağlaması gerekir. Bunun için alacaklının şu yolu izlemesi gerekir:

aa. Borçlu icra dairesine itiraz ederken sadece "yetki itirazı"nda bulunmuşsa, alacaklı mahkemeye başvurup "itirazın iptali davası" açamaz. Bu durumda, icra mahkemesine başvurup "itirazın kaldırılması" isteminde (İİK m. 68) bulunmak zorundadır (İİK m. 50/II).⁵⁹

bb. Eğer borçlu icra dairesinde, haklarında yapılan icra takibine hem esas yönden (yani "borca" veya "imzaya") itiraz etmiş ve hem de yetki itirazında bulunmuşsa, alacaklı dilerse icra mahkemesine başvurarak "itirazın kaldırılması"nı dilerse mahkemeye başvurarak "itirazın iptali"ni ister.^{60, 61}

Böyle bir durumda, mahkemenin, borçlunun icra dairesine yaptığı "yetki itirazı"nı inceleyip incelemeyeceği doktrinde tartışma konusu ol-

⁵⁵ Bkz., 19. HD. 7.7.2003 T. 3531/7467; 8.4.2003 T. 10493/9760; HGK. 20.11.2002 T. 19-900/994; 11. HD. 31.10.2002 T. 5122/9810.

⁵⁶ Kuru, B., *İcra ve İflas Hukuku*, s. 181, dipn. 21; a.g.m., s. 5, dipn. 8.

⁵⁷ Bkz., 12. HD. 23.10.1997 T. 11003/11438; 21.3.1983 T. 955/2076; 23.10.1979 T. 7497/8162.

⁵⁸ Bkz., 12. HD. 28.1.2003 T. 28222/1362.

⁵⁹ Uyar, T., *İcra Hukukunda İtiraz*, s. 180; Düzgün, N., *İlamsız İcrada Yetki İtirazı ve Bunun Giderilmesi* (ABD, 1997/4, s. 51)

⁶⁰ Kuru, B., a.g.e., s. 183-282; Postacıoğlu, İ., a.g.e., s. 112; Üstündağ, S., a.g.e., s. 81 Uyar, T., *İtiraz*, s. 180.

⁶¹ Bkz., 12. HD. 4.4.2000 T. 4491/5146.

muştur. Bir görüşe göre⁶² itirazın iptali davasına bakan mahkeme yalnız kendi yetkisini inceleyebilir, borçlunun icra dairesine yaptığı yetki itirazını inceleyemez. Eğer “*itirazın iptali davası*” icra takibinin yapıldığı yerde açılmış ve davalı (borçlu) burasının yetkisiz olduğu kanısında ise, bu hususu “*ilk itiraz*” (HUMK m. 23, 187/2) olarak esasa cevap süresi içinde ileri sürmelidir. Bunun üzerine, mahkeme bu itirazı inceler ya “*yetki itirazının reddine*” karar verir. Bu durumda, mahkemenin aynı zamanda “*icra dairesine yapılan itirazın da reddine*” karar vermesine gerek yoktur (çünkü mahkemenin buna yetkisi yoktur). Böylece icra dairesindeki “*yetki itirazı*” da kendiliğinden reddedilmiş olur. Ya da mahkeme, yetki itirazını yerinde bulur ve “*yetkisizlik kararı*” vermekle yetinir (HUMK m. 27; 193/II, III), yoksa “*icra dairesinin de yetkisiz olduğu*” gerekçesiyle, “*itirazın iptali davasının reddine*” karar veremez, böyle bir karar usul ekonomisine aykırı düşer. Eğer “*itirazın iptali davası*” icra takibinin yapıldığı yerden başka bir yerde açılmışsa, davalının (borçlunun) “*ilk itiraz*” olarak mahkemenin yetkisizliğini ileri sürmesi halinde, mahkeme az önce belirtilen şekilde ya “*yetki itirazının reddine*” veya “*yetkisizlik*” kararı vermekle yetinir, ayrıca, borçlunun icra dairesinin yetkisine yönelik itirazını inceleyemez...

Diğer bir görüşe göre,⁶³ itirazın iptali davası sadece ve sadece icra takibinin yapıldığı yerdeki mahkemede açılabileceğinden, itirazın iptali davasını görece mahkemenin, icra dairesinin yetkisine yönelik itirazı da incelemesi gerekir. Çünkü, bu incelemenin sonucuna göre, kendisinin de yetkili olup olmadığı anlaşılacaktır.

Doktrindeki bu görüş ayrılığı uygulamayı da etkilemiş ve Yargıtay’ın ayrı daireleri farklı kararlar vermişlerdir. Fakat, yüksek mahkemenin (11 ve 15. Hukuk Dairesi’nin) özellikle yeni tarihli kararlarında,⁶⁴ ikinci görüşe katıldığını ve “*icra dairesinde yapılan genel haciz yolu ile ilamsız takibe karşı borçlunun hem yetki ve hem de esas yönden itirazda bulunup, takibi durdurmasından sonra, alacaklı tarafından açılan itirazın iptali davasında, mahkemenin önce icra dairesine davalı borçlunun yaptığı ‘yetki itirazı’ nı incelemesi ve bu itirazı yerinde bulmaması halinde ‘esasa yönelik itiraz’ ı incelemesi gerekeceğini*” belirttiğini görüyoruz. Buna karşın, 13. Hukuk Dairesi⁶⁵ birinci görüş doğrultusunda karar vermiştir...

⁶² Kuru, B., *a.g.e.*, s. 183-186 vd.; Kuru, B., *İlamsız İcrada İcra Dairesi’nin Yetkisine İtiraz* (İBD 1986/8-9, s. 427); Postacıoğlu, İ., *a.g.e.*, s. 112.

⁶³ Üstündağ, S., *a.g.e.*, s. 81 vd.; Üstündağ, S., *İlamsız İcrada İcra Dairesi’nin Yetkisine İtiraz* (İBD. 1986/10-11-12, s. 618 vd.).

⁶⁴ Bkz., 11. HD. 22.12.1987 T. 6823/7519 - 15. HD. 1.12.1987 T. 932/4200 - 11. HD. 5.5.1987 T. 765/2692 - 5.5.1987 T. 1804/2720 (Uyar, T., *Yetki-Görev ve Yargılama Usulü*, s. 23 vd.)

⁶⁵ Bkz., 13. HD. 24.10.1989 T. 3332/6088 (Uyar, T., *Yetki-Görev ve Yargılama Usulü*, s. 22 vd.).

Nihayet son (daha yeni tarihli) kararlarında yüksek mahkeme⁶⁶ (Hukuk Genel Kurulu, 11 ve 19. Hukuk Daireleri) ikinci görüş doğrultusunda içtihadta bulunmuştur...

cc. Borçlu sadece “yetki itirazı”nda bulunduğu için veya hem “esas” yönden (yani; “borca” veya “imzaya”) hem de “yetki” yönünden itiraz ettiği için alacaklı icra mahkemesine başvurup “itirazın kaldırılması” isteminde bulunmuşsa,⁶⁷

aaa. İcra mahkemesi “yetki itirazı”nı haklı (yerinde) bulursa, “itirazın kaldırılması isteminin reddine, ödeme emrinin iptaline ve takip dosyasının talep halinde yetkili... icra dairesine gönderilmesine” şeklinde karar vermelidir.^{68, 69} Bunun yerine; “yetki yönünden takibin iptaline” şeklinde karar vermemelidir.⁷⁰

Bu durumda, alacaklının, bu kararın kesinleşmesinden itibaren on gün içinde, yetkisiz icra dairesine başvurarak, takip dosyasının yetkili icra dairesine gönderilmesini istemesi gerekir (HUMK m. 193/III, İİK m. 50/I). Alacaklı bu süre içinde, dosyanın yetkili icra dairesine gönderilmesini istemezse, “takip yapılmamış”(açılmamış) sayılır⁷¹ ve alacaklı yeniden harç ödeyerek takip yapmak zorunda kalır.⁷²

Ayrıca belirtelim ki, yüksek mahkeme son kararlarında⁷³ “HUMK m. 193/III’deki on günlük sürenin, icra mahkemesinin yetkisizlik kararı hakkında Yargıtayca verilen” Onama Kararı’nın taraflara tebliğinden itibaren “karar düzeltme” süresinin geçmesinden itibaren (eğer; bu karara karşı “karar düzeltme” yoluna gidilmişse, “karar düzeltme isteminin reddine” ilişkin kararın ilgililere tebliğinden itibaren) işlemeye başlayacağını belirtmeye başlamıştır...

bbb. İcra mahkemesi, “yetki itirazı” nı haklı bulmazsa;

⁶⁶ Bkz., Yuk. dipn. 47.

⁶⁷ Kuru, B., a.g.e., s. 188 vd.; a.g.m., s. 7 vd.

⁶⁸ Kuru, B., a.g.e., s. 188; a.g.m., s. 7.

⁶⁹ Diğer görüşe göre ise, bu durumda “ödeme emrinin iptaline” karar vermeden, sadece “alacaklının itirazın kaldırılması talebinin reddi”ne karar verilmelidir. Çünkü, HUMK m. 193, icra hukukunda uygulanmaz (Üstündağ, S., a.g.m., s. 624 vd.).

⁷⁰ Bkz., 12. HD. 11.11.1999 T. 13135/13975; 25.11.1988 T. 12763/13438; 6.2.1995 T. 1428/1416.

⁷¹ Bkz., 12. HD. 26.12.2003 T. 22270/26506; 29.5.2003 T. 9384/12395; 21.5.2003 T. 8746/11560 vb.

⁷² Bkz., 12. HD. 14.5.1998 T. 4464/5468; 21.10.1994 T. 11930/12694; 7.12.1993 T. 14191/19137.

⁷³ Bkz., 12. HD. 4.3.2004 T. 27868/4918; 2.10.2003 T. 19812/19028; 19.10.2000 T. 14678/15369.

aaaa. Borçlu sadece “yetki itirazı”nda bulunmuşsa, icra mahkemesinin “yetki itirazının kaldırılmasına” karar vermesi gerekir. Bu durumda takip kesinleşir, alacaklı haciz isteyebilir.

Alacaklının talebini kabul ederek “yetki itirazının kaldırılmasına” karar veren icra mahkemesi aynı kararda ayrıca alacaklı lehine %40 tazminata hükmedemez.⁷⁴

bbbb. Borçlu hem “yetki” hem de esas (“borç” veya “imza”) yönden itirazda bulunmuşsa, icra mahkemesinin önce “yetki itirazı”nı incelemesi ve bu itirazı haksız bulması halinde, borçlunun esasa “borca” veya “imzaya” ilişkin itirazının yerinde olup olmadığını incelemesi gerekir.

İcra mahkemesi, önce “yetki itirazı”nı incelemeden, “esasa ait itirazları” inceleyemez.⁷⁵

VIII. İcra mahkemesinin yetkisizliğe yani “yetki itirazının kabulüne” ilişkin kararları temyiz olunabilir (İİK m. 363/2). Buna karşın, “yetki itirazının reddine” (yani; “icra dairesinin yetkili olduğuna”) ilişkin kararları temyiz edilebilir mi? Yüksek mahkeme bu tür kararların da temyiz edilebileceğini yani; bu kararların da İİK m. 363/2. hükmünün kapsamına girdiğini oy çokluğu ile kabul etmektedir...⁷⁶ Doktrinde ise, bu tür kararların “temyiz edilemeyeceği”ni çünkü “bunların İİK m. 363’de öngörülmediğini” ileri sürenler⁷⁷ bulunduğu gibi, bu tür kararların da “temyiz edilebileceği”ni çünkü “bu kararların da İİK m. 363/3 anlamında bir itirazın reddi kararı” olduğunu belirtenler⁷⁸ de vardır.

⁷⁴ Bkz., 12. HD. 28.3.2000 T. 3872/4666.

⁷⁵ Bkz., 12. HD. 10.5.1991 T. 13237/5926; 7.12.1990 T. 4337/12760; 8.6.1989 T. 13736/8552.

⁷⁶ Bkz., 12. HD. 30.4.1991 T. 11786/5325.

⁷⁷ Postacıoğlu, İ., a.g.e., s. 111; Üstündağ, S., a.g.m., s. 620, dipn. 2.

⁷⁸ Kuru, B., a.g.m., s. 430, dipn. 20; a.g.e., s. 46; 188, dipn. 25.

14 NO'LU PROTOKOL İLE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE GETİRİLECEK OLAN DEĞİŞİKLİKLER

Serkan CENGİZ*

Hemen hemen en küçük bir uyuşmazlıkta “*davamızı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne kadar götüreceğiz*” şeklinde serzenişleri duymaya alıştığımız bu günlerde bu serzenişlerin ileride oldukça azalmasına neden olabilecek bir düzenleme için sessiz sedasız bir geri sayım devam etmekte. Bahsi geçen düzenleme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni önemli derecede değiştirecek olan 14 No'lu Protokol'dür¹ Protokol 13 Mayıs 2004 tarihinde Sözleşme'ye taraf devletlerin imzasına açılmıştır.²

Sözleşme, kabuledildiği 1950 yılından bu yana pek çok değişikliğe tabi tutuldu. Söz konusu değişikliklerle hedeflenen Avrupa toplumunun geçirdiği değişim süreci ihtiyaçlarına cevap verebilen bir Sözleşme yaratma ihtiyacıydı. Bu konudaki en önemli düzenlemelerden birisi 1994 yılında imzaya açılan ve 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 No'lu Protokol'dür. 11 No'lu Protokol, tüm zamanlı faaliyet gösteren tek bir Mahkeme yaratılmasını (Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun kaldırılması), bireysel başvuru yolunun basitleştirilmesini ve başvurulara ilişkin yargılama sürelerinin kısaltılmasını amaçlamaktaydı. Mahkeme'ye ilişkin veriler incelendiğinde bunlardan sadece bireysel başvuru yolunun, bir başka deyişle mahkemeye başvuru usulünün basitleştirilmesi amacının yerine getirildiğini buna karşın yargılama sürelerinde arzulanan kısalmanın gerçekleşmediğini görmekteyiz. Bugün itibariyle AİHM'ye yapılan bir başvuru esastan incelemeye değer bulunması halinde 4-5 yıllık bir süre içinde sonuçlandırılabilir. 341

* İzmir Barosu üyesi, serkancengiz@ttnet.net.tr

¹ Protokol'ün tam metni ekte sunulmuştur.

² Protokol 22 Kasım 2004 itibariyle 31 Konsey üyesi devlet tarafından imzalanmış, 5'i tarafından onaylanmıştır. Türkiye 6 Ekim 2004 tarihinde Protokol'ü imzalamış fakat henüz onaylamamıştır.

Mahkeme'ye ilişkin kayıtlar incelendiğinde Komisyon ve Mahkeme'nin faaliyet gösterdikleri 44 yıllık süre zarfında (1998 yılına kadar) toplam 38.389 adet karar (Kabul edilebilirlik üzerine kararlar ve Mahkeme kararları) verdiklerini buna karşın 11 No'lu Protokol'ün yürürlüğe girmesini takip eden 5 yıl içerisinde Mahkeme tarafından verilen karar sayısının 61.633'e ulaştığını görmekteyiz. Kuşkusuz başvuru sayısındaki artışın en önemli sebeplerinden birisi Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin sayısındaki hızlı artıştır. 2004 yılı itibariyle Sözleşme tarafından yaratılan koruma mekanizması 800 milyona yakın bireyi kapsamaktadır. Bu durumu rakamlarla özetlersek 1990'da 5.279 olan başvuru sayısı 1994 yılında 10.335'e, 1998 yılında 18.164'e, 2002 yılında da 34.546'ya çıkmıştır. 2003 yılı sonu itibariyle yaklaşık 39.000 yeni başvuru Mahkeme'ye sunulmuş, yine aynı yıl içerisinde toplam 17.270 başvuru hakkında kabuledilemezlik veya kayıttan silme kararı verilmiş buna karşın sadece 753 başvuru hakkında kabuledilebilirlik kararı verilmiştir. Özetle 10 yılı aşkın süre içerisinde Mahkeme'ye sunulan başvuru sayısı yaklaşık 7 kat artmıştır. Buna karşın Mahkeme'ye sunulan başvuruların önemli bir kısmı açıkça temelsiz bulunarak kabuledilmezlik veya kayıttan düşürme kararlarıyla reddedilmiştir. Ayrıca Mahkeme'ye sunulan başvuruların bir diğer önemli kısmını da Mahkeme'nin önceden karar verdiği başvuruların tekrarı mahiyetindeki yeni başvurular oluşturmuştur (bizdeki kamulaştırma başvuruları veya DGM heyetinde askeri yargıç bulunması nedeniyle adil yargılanma hakkı ihlali başvuruları gibi).³

Yukarıda kısaca özetlenen dava yükü artışının Mahkeme'nin faaliyetleri üzerinde yarattığı olumsuz etkilerin kaldırılması amacıyla, Kasım 2000 tarihinde Roma'da yapılan Avrupa Bakanları İnsan Hakları Konferansı'nda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne "*söz konusu durum ışığında etkin çözümlerin yaratılması amacıyla kapsamlı bir çalışma*" başlatması çağrısı yapılmıştır.

Bu çağrı sonrasında yapılan çalışmalar, temel olarak üç konu üzerinde odaklanmıştır;

- Kitlemel temelsiz başvurular açısından Mahkeme'nin filtre kapasitesinin geliştirilmesi;
- Başvuruların kolaylıkla reddedilmesini öngören yeni bir kabuledilebilirlik kriteri yaratılması; ve
- Mahkemeye sunulmuş önceki davaların tekrarı mahiyetindeki davalara ilişkin önlemler alınması.

³ Mahkemeye ilişkin veriler 14 Nisan 2004 tarihli 14 No'lu Protokol'ün taslak metninden alınmıştır.

14 Nol'u Protokol ile Getirilen Değişiklikler

Tek Yargıç Oluşumu

14 No'lu Protokol'ün 6. maddesi ile Sözleşme'nin mevcut 27. maddesi, 26. maddesi haline dönüşecektir. Maddenin 1. fıkrasına göre Mahkeme'ye sunulan başvurulara ilişkin yargılama tek yargıçlı oluşum olarak adlandırılan tek bir yargıç tarafından yürütülebilecektir.

Madde 26. Tek Yargıç Oluşumu, Komiteler, Daireler ve Büyük Daire

1. Mahkeme önüne gelen başvuruları incelemek üzere tek yargıçlı oluşum, üç yargıçlı Komiteler, yedi yargıçlı Daireler ve on yedi yargıçlı bir Büyük Daire şeklinde faaliyet gösterir. Mahkeme Daireleri belirli bir dönem için Komiteler oluştururlar.

2. Yürürlükteki sistem uyarınca Mahkeme'ye sunulan her başvuru için bir raportör yargıç tayin edilmesine rağmen, söz konusu yargıcın başvuru açısından görevi, başvuru hakkında -Mahkeme kaleminde çalışan hukukçuların yardımlarıyla- bir inceleme yapmak ve inceleme sonucunda başvuruyu ya üç yargıçtan oluşan Komiteye ya da yedi yargıçtan oluşan Daire'ye göndermektir.

Tek Yargıç Oluşumunda Yargıcın Yetkileri

Mahkeme'nin içinde bulunduğu iş yükünün uzun vadede ortadan kaldırılmasını amaçlayan bir diğer düzenleme 14 No'lu Protokol'ün 7. maddesiyle yeniden yazılan Sözleşme'nin yeni 27. maddesidir. Söz konusu değişiklik ile tek yargıç, kabuledilemezlik veya kayıttan düşürme kararı açısından tek başına kullanılabilen bir yetkiyle donatılacaktır.

Madde 27. Tek Yargıçların Yetkileri

1. Tek yargıç, daha fazla bir inceleme yapılmadan bu tür bir kararın alınabilecek olması durumunda, madde 34 uyarınca sunulan bir başvurunun kabuledilmezliğine veya Mahkeme listesinden düşürülmesine karar verebilir.

2. Bu karar kesindir.

3. Tek yargıcın bir başvuruyu kabuledilemez olarak ilan etmemesi veya bir başvuruyu kayıttan düşürmemesi durumunda, söz konusu yargıç başvuru, daha fazla inceleme için bir komiteye veya bir daireye havale eder.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere tek yargıç *“bu tür bir kararın daha fazla bir incelemeye başvurulmaksızın alınabilecek olması durumunda”* şartıyla başvurunun kabuledilmezliğine veya kayıttan düşürülmesine karar verebilecektir. Söz konusu yargılama sonrasında verilen bu kararlar (yürürlükte olan sistem uyarınca Daire veya Komite tarafından verilen kabuledilmezlik kararlarında olduğu gibi) kesin olacaktır. Tek yargıç oluşumunda başvuruyu ele alan yargıç başvuru hakkında kabuledilmezlik veya kayıttan düşürme kararı vermediği takdirde başvuruyu, daha kapsamlı bir inceleme için, Komite’ye veya Daire’ye gönderecektir.

Bu madde ile yaratılacak yeni karar mekanizmasının işleyişi kuşkusuz Mahkeme pratiğiyle belli olacaktır. Buna karşın tek yargıç oluşumunda yargıcın Mahkeme kaleminde çalışan Türk hukukçuların yardımı aracılığıyla inceleme yapacağı ve başvuru dosyasında bulunan tüm ulusal metinlerin Mahkeme resmi dillerine çevrilmediği hususları başvuruların hazırlanması sırasında göz önünde bulundurulmalıdır. Özetle tek bir yargıcın böylesine geniş yetkilerle donatılması AIHM’ye sunulan başvuruların çok daha iyi hazırlanmasını (gerek iç hukuk yolarının tüketilmesi, gerekse de Sözleşme’nin özellikle de önceki mahkeme içtihatlarının takibi ve yorumlanması açısından) gerektirecektir.

Komitelerin Genişletilen Yetkileri

Yürürlükte olan sistem uyarınca raportör yargıcın, kabuledilmezlik kararı verilmesi amacıyla başvuruyu üç yargıçtan oluşan Komite’ye gönderebileceğini, Komite’nin böyle bir başvuru hakkında ancak oybirliğiyle kabuledilemezlik kararı verebileceğini, bu kararın da kesin olacağını belirtmiştik.

Komiteleri ve onların yetkilerini düzenleyen Sözleşme’nin 28. maddesi 14 No’lu Protokol’ün 8. maddesi ile değiştirilmiş ve Komitelerin mevcut yetkileri genişletilmiştir.

Madde 28. Komitelerin Yetkisi

1. Madde 34 uyarınca sunulan bir başvuru açısından Komite, oybirliğiyle;

a. Daha fazla bir inceleme yapılmadan bu tür bir karar alınabilecek olması durumunda, başvurunun kabuledilmezliğine veya kayıttan düşürülmesine veya

b. Kabuledilebilirliğine ve aynı zamanda davanın temelini oluşturan mesele, Sözleşme'nin ve Protokollerin yorumu veya uygulanması hususunda, Mahkeme'nin kökleşmiş içtihatlarının konusunu oluşturması halinde davanın esası hakkında karar verir.

2. Kabul edilebilirliğe ve esasa ilişkin birinci paragraf uyarınca verilen kararlar kesindir.

3. İlgili Yüksek Sözleşen Taraf açısından seçilen yargıcın söz konusu Komite'nin üyesi olmaması halinde, Komite yargılamanın her aşamasında, ilgili taraf devletin 1. paragraf da belirtilen prosedüre itiraz etmiş olup olmaması hususu da dahil olmak üzere konuyla ilgili tüm ilgili faktörleri göz önüne alarak, söz konusu yargıcı, üyelerinden birisinin yerini almak üzere davet edebilir.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere Komite, bir başvuru hakkında kabuledilebilirlik kararı verebilme yetkisinin yanında kabuledilmezlik veya kayıttan silme kararı verebilme yetkisiyle de donatılmıştır. Değişiklik ile verilen yetkilerden en önemlisi Mahkeme'ye sunulan başvurunun Mahkeme'nin kökleşmiş içtihatları ile çözümlendiği bir meseleyi ihtiva etmesi halinde, Komite'nin başvurunun esası hakkında karar (judgment) verebilecek olmasıdır.

Yürürlükte olan sisteme göre başvuruların esası hakkındaki Daire kararlarına, Büyük Daire nezdinde itiraz edilebilmektedir. Buna karşın Komitelerin davanın esasına ilişkin verecekleri bu tür kararlar kesin olacaktır. Kuşkusuz bu düzenlemenin altında yatan gerekçe başvurunun esasını oluşturan meselenin halihazırda Mahkeme'nin yerleşmiş içtihatları ile çözüme kavuşturulmuş olması ve tekrar mahiyetindeki başvuruların kısa süre zarfında sonuca bağlanmasının amaçlanmasıdır.

Yeni Kabuledilebilirlik Kriteri

Mahkeme'ye 2003 yılı içerisinde her ay yaklaşık 1500 bireysel başvuru sunulmuştur. Gerek bu akışın önünü kesmek gerekse de Mahkeme önündeki derdest başvuruları hızla eritmek amacıyla Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. paragrafına yeni bir kabuledilebilirlik kriteri eklenecektir. Bu husus 14 No'lu Protokol ile getirilen en önemli ve en tartışmalı değişikliktir.

"3 Mahkeme;

a. İşbu Sözleşme ve Protokolleri hükümleri ile bağdaşmaz, açıkça dayanaktan yoksun veya başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirirse; veya

b. Başvurucunun ehemmiyetli bir dezavantaja maruz kalmamış olduğuna kanaat getirirse, işbu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanan insan haklarına saygı anlayışının başvurunun esastan incelenmesini gerektirmemesi ve de ulusal bir mahkeme tarafından layıkıyla ele alınmamış hiçbir davanın bu gerekçeyle reddedilmemesinin sağlanması şartıyla,

34. madde uyarınca sunulan herhangi bir kişisel başvuruyu kabuledilemez olarak ilan eder."

Yeni 35. maddenin 3. paragrafının a fıkrası yürürlükteki 3. paragraf olup bu konuda herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Buna karşın aynı paragrafın b fıkrası ile yeni ve çok önemli bir kabuledilebilirlik kriteri getirilmiştir. Fıkraya göre bir başvurunun kabuledilebilir bulunabilmesi için başvurucunun "*ehemmiyetli bir dezavantaja*" maruz kalması gerekecektir. Buna karşın başvurunun, Sözleşme ve Protokollerden kaynaklanan insan haklarına saygı uyarınca, incelenmesinin gerekli olması halinde (söz konusu başvuru nedeniyle sorumlu devletin ülkesinde bir mevzuat değişikliğine gidilecek olması gibi) başvuru "*ehemmiyetli bir dezavantaja*" maruz kalmamış olsa dahi Mahkeme başvuruyu kabuledilebilir ilan edebilecektir. Paragrafın ne şekilde yorumlanacağı tümüyle Mahkeme'nin pratiğiyle belli olacaktır.

Bu madde ile getirilen yeni kabuledilebilirlik kriteri -"*ehemmiyetli bir dezavantaja maruz kalma*"- oldukça belirsizdir. Kuşkusuz bu belirsizlik bazı insan hakkı ihlallerinin önemsiz olarak addedilmesi anlamına gelebilecek ve taraf devletlerin bazı ihlalleri bu gerekçe ile göz ardı edebilmesine olanak tanıyacaktır.

Bu madde ile getirilecek olan yeni kabuledilebilirlik kriteri, Protokol'ün yürürlüğü gireceği tarihe kadar hakkında kabuledilebilirlik kararı verilmemiş olan tüm başvurular açısından uygulanacaktır. Buna karşın söz konusu yeni kabuledilebilirlik kriteri Protokol'ün yürürlüğünü takip eden ilk iki yıl içerisinde, sadece Daireler ve Büyük Daire tarafından uygulanacaktır. İki yıllık sürenin akabinde ise tek yargıç oluşumu ve Komiteler tarafından da uygulanmaya başlanacaktır. Dolayısıyla Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle birlikte hakkında henüz kabuledilebilirlik kararı verilmemiş olan ve Daireler tarafından görülmekte olan tüm başvurular açısından bu fıkra hükmü uygulanabilecektir.

Buna karşın b fıkrasının en sonuna eklenen "*ulusal bir mahkeme tarafından layıkıyla ele alınmamış hiçbir davanın bu gerekçeyle reddedilmemesinin sağlanması şartıyla*" cümlesi söz konusu kuralın ulusal bir Mahkeme tarafından Sözleşme ve içtihatlar ışığında layıkıyla ele alınmamış hiçbir bireysel başvuruya uygulanmayacağını belirterek değişikliğin yaratacağı tehlikeler bir nebze olsa önlenmeye çalışılmıştır.

Buna karşın Avrupa'daki pek çok insan hakları kuruluşu, avukat, akademisyen ve hatta bazı hükümetler bireyin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde hak arama mücadelesinin engelleneceği gerekçesiyle bu değişikliğe karşı çıkmışlardır.⁴

Dostane Çözüm Süreci ve Bu Sürecin Denetlenmesi Açısından Yenilikler

Yürürlükte olan sistem uyarınca Mahkeme, bir başvuruyu kabuledilebilir bulması halinde tarafları dostane çözüme davet etmektedir.

Buna karşın bu husus yeni Protokol ile değiştirilmiş ve Mahkeme'nin davanın her aşamasında böyle bir yetkiyi kullanabilmesine olanak sağlanmıştır.

"Madde 39- Dostane Çözümler;

1. Mahkeme, işbu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanan insan hakları saygı temelinde davanın dostane bir çözüm ile sonuçlandırılması amacıyla ilgili taraflara davanın her aşamasında hizmet sunmaya hazır olacaktır."

2. Paragraf 1 uyarınca yürütülen sürece ilişkin işlemler gizlidir.

3. Dostane çözüme varılması halinde Mahkeme olaylarla ve varılan çözümle sınırlı kısa açıklamayı içeren bir karar vererek başvuruyu kayıttan düşürür.

4. Bu karar, kararda belirtilen dostane çözüm şartlarının yerine getirilmesini denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne havale edilir."

Değişiklikle getirilen bir diğer yenilik ise dostane çözümün anlaşmayla sona ermesi ve bununda Mahkeme kararıyla teyit edilmesi sonrasında bu kararın da denetlenmek üzere Bakanlar Komitesi'ne gönderilecek olmasıdır.

Kararların Bağlayıcılığı ve İcrası Açısından Getirilen Değişiklikler⁵

Yürürlükteki sistem uyarınca Mahkeme'nin kesinleşmiş kararları taraf devletler açısından bağlayıcı olup (Md. 46/1) bu kararların denetlenmesi Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından yerine getirilmektedir (46/

⁴ Uluslararası Af Örgütü, the AIRE Centre, Interights, Liberty 25 Şubat 2004 tarihinde İngiliz Dışişleri Bakanı Jack Straw'a yazdıkları mektupta yeni kabuledilebilirlik kriterinin Avrupa Konseyi'nin temeli olan ve tüm sistemin üzerine inşa edildiği bireysel dilekçe hakkı açısından radikal bir sapma yaratacağına dikkat çekmişlerdir.

⁵ Daha ayrıntılı bilgi için bkz., "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrası ve Sürecin Denetlenmesi", *Toplum ve Hukuk Dergisi*'nin Bahar 2003 sayısında yayımlanmıştır.

2). Yeni Protokol ile bu iki hususta herhangi bir değişikliğe gidilmemiş buna karşın Bakanlar Komitesi'nin yetkilerine ilişkin üç yeni paragraf eklenmiştir;

"Madde 46- Kararların Bağlayıcılığı ve Uygulanması;

1. Yüksek Sözleşen Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler.

2. Mahkeme'nin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir.

3. Bakanlar Komitesi'nin nihai mahkeme kararının, infazının kararının yorumlanmasındaki bir problem nedeniyle engellediğine karar vermesi halinde, Komite yorum sorunu hakkında karar verilmek üzere meseleyi Mahkeme'ye havale eder. Bu tür bir havale kararı Komite'de faaliyet gösterme hakkına sahip olan temsilcilerin 3/2 çoğunluk oyunu gerektirir.

4. Bakanlar Komitesi'nin bir Yüksek Sözleşen Tarafın taraf olduğu bir davanın nihai kararına uymayı reddettiğine karar vermesi halinde, Komite, söz konusu tarafa resmi bir bildirimde bulunduktan ve Komite'de faaliyet gösterme hakkına sahip olan temsilcilerin 3/2 çoğunluk oyuyla karar almasından sonra, söz konusu Tarafın birinci paragrafta belirtilen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği sorununu Mahkeme'ye havale eder.

5. Mahkeme, birinci paragrafın ihlal edildiğini bulgulaması halinde, davayı alınacak tedbirler hakkında karar verilmesi amacıyla Bakanlar Komitesi'ne havale eder. Mahkeme, birinci paragrafın ihlal edildiğini bulgulamaması halinde, davayı incelenmeyi kapatacak olan Bakanlar Komitesi'ne havale eder."

Getirilen değişikliklerden ilki Bakanlar Komitesi'nin, bir Mahkeme kararının yerine getirilmesi süreci sırasında kararın yorumlanması açısından bir sorun ile karşılaşması halinde, meseleyi aydınlatılması amacıyla Mahkeme'ye havale etmesidir.

Getirilen bir diğer değişiklik uyarınca Bakanlar Komitesi, taraf devletin sorumlu olduğu bir davaya ilişkin Mahkeme kararına uymadığını tespit etmesi halinde, söz konusu tarafa resmi bir bildirimde bulunduktan sonra konuyu Komite üyelerinin 2/3'ünün kararıyla Mahkeme'ye havale edebilecektir. Mahkeme'nin bu noktadaki görevi söz konusu taraf devletin ilgili Mahkeme kararına uyup uymadığını tespit etmekten ibaret olacaktır. Mahkeme'nin, devletin karara icabet edilmediğine karar vermesi halinde, mesele ilgili devlete karşı alınacak önlemin belirlenmesi amacıyla tekrar Bakanlar Komitesi'ne gönderilecektir. Bu değişiklik ile AİHM kararlarının denetlenmesinde denetim mekanizmasındaki siyasallık unsuru (sorumlu devletin karara uyup uymamasının tespiti açısından) önemli ölçüde devre dışı bırakılmıştır.

Protokol'ün Yürürlüğü

Protokol, Sözleşme'ye taraf olan tüm ülkelerin Protokol'ün 18. maddesinde belirtilen hükümlere uygun olarak Protokol'e bağlı kalacaklarını ifade ettikleri tarihten sonraki üç aylık sürenin bitişini takip eden ayın ilk günü yürürlüğe girecektir

Protokol hükümleri, Protokol'ün yürürlüğe giriş tarihinden itibaren, Bakanlar Komitesi tarafından denetlenmekte olan Mahkeme kararları da dahil olmak üzere, Mahkeme önünde derdest olan tüm başvurulara uygulanacaktır.

Yukarıdaki ilgili başlık altında da belirttiğimiz üzere Protokol'ün 12. maddesi ile Sözleşme'nin 35. maddesinin 3b fıkrasına dahil edilen yeni kabuledilebilirlik kriteri Protokol'ün yürürlüğe girmesi öncesinde kabuledilebilir olarak ilan edilecek başvurulara uygulanmayacaktır. Yeni kabuledilebilirlik kriteri, Protokol'ün yürürlüğe girmesini takip edecek 2 yıl içinde, sadece Daireler ve Büyük Daire tarafından uygulanacak, sonrasında ise tüm yargılama birimleri (Tek Yargıç Oluşumları, Komiteler, Daireler ve Büyük Daire) tarafından uygulanabilecektir.

Değerlendirme ve Sonuç

Yazımızın ilk başında da belirttiğimiz üzere Mahkeme, dava sayısı açısından çok önemli bir çıkmazla karşı karşıya. Bu durum Mahkeme'den beklenen görevlerin yerine getirilmesini önemli derece tehlikeye atmakta. Buna karşın mevcut istatistiksel verilerin yarattığı bu olumsuz izlenimi kullanarak Mahkeme'ye başvuru hakkının sınırlandırılması ne derece kabuledilebilir?

Bu noktada Sözleşme'nin 1. ve 46. maddelerine atıfta bulunmanın yararlı olacağını düşünüyorum.

“Madde 1. İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü

Yüksek Sözleşmeci taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar.

Madde 46. Kararların Bağlayıcılığı ve Uygulanması

1. Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler.

2. Mahkeme'nin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir.”

Madde metinlerinden ve Mahkeme'nin kararlarından da anlaşılacağı üzere Sözleşme mekanizması ikincil ve tamamlayıcı bir niteliğe sahiptir. Dolayısıyla Sözleşme tarafından belirtilen hakların bireylere sağlanmasında temel görev öncelikle taraf devletlere düşmektedir. Devletlerin başarısız olması ölçüsünde Sözleşme mekanizması devreye girmekte ve bireyin hak kayıpları önlenmeye çalışılmaktadır. Bu açıdan önemli olan bir diğer husus da devletlerin sadece taraf oldukları davalara ilişkin verilen Mahkeme kararlarına değil tüm devletlere ilişkin verilen Mahkeme kararlarına icabet etmelerinin ve bunlar uyarınca iç hukuklarında düzenleme yapmalarının zorunlu olmasıdır.

Mahkeme'ye yapılan başvuru sayısındaki artış göz önüne alındığında bu yükümlülüğün yerine getirilmediği açıkça ortaya çıkmakta. Peki Mahkeme kararlarının icrasının denetiminden sorumlu olan Bakanlar Komitesi, devlet kaynaklı bu direnmeler karşısında ne gibi ciddi mekanizmalara başvurmuştur. Konsey'den çıkarmaya kadar varabilecek bir sürecin tetikleyicisi olan bir mekanizmanın⁶ kontrolüne sahip olan Bakanlar Komitesi bugüne kadar ne derece etkin davranmıştır. Mahkeme'ye sunulan binlerce benzer başvuru şunu gösteriyor ki Bakanlar Komitesi bu başlık altındaki görevlerini gerektiği şekilde yerine getirememiştir.

Sonuç olarak dava yükünün bu derece artmasında esas sorumlu olan iki unsur (Devletler ve Bakanlar Komitesi) bir kenara bırakılarak bireysel başvuru mekanizmasının bireyler açısından getirdiği koruma mekanizması, Protokol'ün getireceği oldukça muğlak terimlerden oluşan yeni kabuledilebilirlik kriteri ile, daraltılmaya çalışılmıştır. Bu durum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temeli olan bireysel başvuru hakkına oldukça zarar verecek, bireyi Devlet karşısında daha da güçsüz kılacaktır.

Saygılarımla,

⁶ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bakınız "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrası ve Sürecin Denetlenmesi", *Toplum ve Hukuk Dergisi*'nin Bahar 2003 sayısı.

İNSAN HAKLARININ VE TEMEL ÖZGÜRLÜKLERİNİN KORUNMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞME'YE EK 14 NO'LU PROTOKOL

6 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanan İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme'yi (bundan sonra Sözleşme olarak atıfta bulunulacaktır) imzalayan Avrupa Konseyi üyesi devletler,

1 No'lu Kararı ve 3 ve 4 Kasım 2000 tarihinde Roma'da İnsan Hakları üzerine düzenlenen Avrupa Bakanları Konferansı'nda kabuledilen deklarasyonu göz önünde bulundurarak,

Avrupa Konseyi Parlâmenterler Meclisi tarafından 28 Nisan 2004 tarihinde kabuledilen 251 no'lu (2004) düşünceyi göz önünde bulundurarak,

Temel olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin iş yükündeki sürekli artış ışığında, kontrol sisteminin etkinliğinin uzun süreli devamı ve geliştirilmesi amacıyla Sözleşme'nin belirli maddelerinin acil değiştirilmesi ihtiyacını göz önünde bulundurarak,

Özellikle de Mahkeme'nin Avrupa'daki insan haklarının korunmasında oynadığı üstün rolün devamının sağlanması ihtiyacını göz önünde bulundurarak,

Aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır.

Madde 1

Sözleşme'nin 22. maddesinin 2. paragrafı kaldırılır.

Madde 2

Sözleşme madde 23. Görev Süreleri ve Görevden Alınma

1. Yargıçlar dokuz yıllık bir dönem için seçilirler. Yargıçlar tekrar seçilmeyebilirler.

2. Yargıçların görev süreleri yetmiş yaşına geldiklerinde sona erer.

3. Yargıçlar değiştirilinceye kadar görevde kalırlar. Buna karşın halihazırda incelemeye başlamış oldukları davaları ele almaya devam ederler.

4. Diğer yargıçlar tarafından 2/3 çoğunluk oyuyla gerekli koşulları taşımadığına karar verilmediği sürece hiçbir yargıç görevden alınamaz.

Madde 3

Sözleşme'nin 24. maddesi kaldırılır.

Madde 4

Sözleşme'nin 25. maddesi 24. madde olmuştur ve madde metni aşağıdaki şekilde değiştirilir:

Sözleşme madde 24 -Yazı işleri ve Raportörler

1. Mahkeme'de görevleri ve örgütlenmesi Mahkeme İç Tüzüğü tarafından belirlenecek bir Yazı İşleri bulunur.

2. Tek yargıç tarafından görülen davalarda, Mahkeme'ye, Mahkeme Başkanı'nın yetkisi altında faaliyet gösteren raportörler tarafından yardım verilir. Raportörler Mahkeme Kalemi'nin bir parçasını oluşturur.

Madde 5

Sözleşme'nin 26. maddesi, Sözleşme'nin 25. maddesi olmuştur (Mahkeme Genel Kurulu) ve madde metni aşağıdaki şekilde değiştirilir;

1. Paragraf d'nin sonundaki virgül noktalı virgülle değiştirilir ve "ve" sözcüğü çıkarılır.

2. Paragraf e'nin sonundaki nokta, noktalı virgülle değiştirilir.

3. Aşağıda belirtilen yeni f paragrafı eklenir:

"f Madde 26 paragraf 2 uyarınca yapılan her talep."

Madde 6

Sözleşme'nin 27. maddesi, Sözleşme'nin 26. maddesi olmuştur ve madde metni aşağıdaki şekilde değiştirilir:

Madde 26. Tek yargıç oluşumu, Komiteler, Daireler ve Büyük Daire

2. Mahkeme önüne gelen başvuruları incelemek üzere tek yargıç oluşumu, üç yargıçlı Komite, yedi yargıçlı Daireler ve on yedi yargıçlı bir Büyük Daire şeklinde faaliyet gösterir. Mahkeme Daireleri belirli bir dönem için Komiteler oluştururlar.

3. Mahkeme Genel Kurulu'nun talebiyle, Bakanlar Komitesi oybirliğiyle belirli bir dönem için Dairelerdeki hakim sayısını 5'e indirebilir.

3. Davanın tek yargıç tarafından görüldüğü durumlarda, yargıç seçilmiş olduğu ilgili Yüksek Sözleşen Taraf hakkındaki hiçbir başvuruyu incelememez.

4. İlgili Yüksek Sözleşen Taraf bakımından seçilmiş olan yargıç, Daire ve Büyük Daire’de ex-officio (ç. n. resen) üye olarak görev yapar. İlgili Yüksek Sözleşen Taraf açısından herhangi bir yargıcın bulunmaması veya söz konusu yargıcın Mahkeme’de görev yapamayacak olması durumunda Mahkeme Başkanı tarafından, ilgili Yüksek Sözleşen Devlet tarafından daha önceden sunulan listeden, söz konusu yargıcın yerine görev yapmak üzere bir kişi seçilir.

5. Büyük Daire, Mahkeme Başkanı, Başkan Yardımcıları, Dairelerin Başkanları ve Mahkeme İç Tüzüğü’ne uygun olarak seçilmiş diğer yargıçlardan oluşur. Bir davanın Büyük Daire’ye havale edilmesi durumunda kararı veren Daire üyelerinden hiçbirisi, Daire Başkanı ve ilgili Yüksek Sözleşen Taraf açısından görev yapan yargıç istisna olmak üzere, Büyük Daire’deki yargılamaya katılamaz.

Madde 7

Yeni 26. maddeden sonra aşağıda belirtilen 27. madde eklenir.

Madde 27. Tek yargıçların yetkileri

4. Tek yargıç, daha fazla bir inceleme yapılmadan bu tür bir kararın alınabilecek olması durumunda, madde 34 uyarınca sunulan bir başvurunun kabuledilmezliğine veya Mahkeme listesinden düşürülmesine karar verebilir.

5. Karar kesindir.

6. Tek yargıcın bir başvuruyu kabuledilemez olarak ilan etmemesi veya bir başvuruyu kayıttan düşürmemesi durumunda, söz konusu yargıç başvuruyu, daha fazla inceleme için bir Komite’ye veya bir Daire’ye havale eder.

Madde 8

Sözleşme’nin 28. maddesi aşağıdaki gibi değiştirilir:

Madde 28. Komitelerin yetkisi

1. Madde 34 uyarınca sunulan bir başvuru açısından Komite, oybirliğiyle;

c. daha fazla bir inceleme yapılmadan bu tür bir karar alınabilecek olması durumunda, başvurunun kabuledilmezliğine veya kayıttan düşürülmesine; veya

d. kabuledilebilirliğine ve aynı zamanda davanın temelini oluşturan mesele, Sözleşme'nin ve Protokollerin yorumu veya uygulanması hususunda, Mahkeme'nin kökleşmiş içtihatlarının konusunu oluşturması halinde davanın esası hakkında karar verir.

2. Birinci paragraf uyarınca verilen kabuledilebilirliğe ve esasa ilişkin kararlar kesindir.

3. İlgili Yüksek Sözleşen Taraf açısından seçilen yargıcın söz konusu Komite'nin üyesi olmaması halinde, Komite yargılamanın her aşamasında, ilgili taraf devletin 1. paragraf da belirtilen prosedüre itiraz etmiş olup olmaması hususu da dahil olmak üzere konuyla ilgili tüm ilgili faktörleri göz önüne alarak, söz konusu yargıcı üyelerinden birisinin yerini almak üzere davet edebilir.

Madde 9

Sözleşme'nin 29. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilir:

1. Paragraf 1 aşağıdaki şekilde değiştirilir: *“Madde 27 veya 28 uyarınca başvurunun kabuledilebilirliğine veya kayıttan düşürülmesine ilişkin bir karar verilmediği veya madde 28 uyarınca Komite tarafından davanın esasına ilişkin bir karar verilmediği takdirde, bir Daire 34. madde uyarınca yapılan bireysel başvuruların kabuledilebilirliği ve esası hakkında karar verir. Kabul edilebilirlik hakkındaki kararı ayrı olarak verilebilir.”*

2. İkinci paragrafın sonuna aşağıda belirtilen yeni cümle eklenir: *“Kabul edilebilirlik hakkındaki kararlar Mahkemenin başka türlü karar vermediği hallerde, istisnai davalarda, ayrı olarak verilir.”*

3. Üçüncü paragraf kaldırılır.

Madde 10

Sözleşme'nin 31. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilir:

1. Birinci parafın sonundaki *“ve”* kelimesi kaldırılır.

2. İkinci paragraf üçüncü paragraf olur ve aşağıda belirtilen ikinci paragraf eklenir:

“ 2. Madde 46 paragraf 4'e uygun olarak Bakanlar Komitesi tarafından Mahkeme'ye havale edilen meseleler hakkında karar verir; ve”.

Madde 11

Sözleşme'nin 32. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilir:

“34. sayısından sonra bir virgül ve 46. sayısı ilave edilir”.

Madde 12

Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. paragrafı aşağıdaki şekilde değiştirilir:

" 3 Mahkeme;

a. Başvuruyu işbu Sözleşme ve Protokolleri hükümleri ile bağdaşmaz, açıkça dayanaktan yoksun veya başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirirse; veya

b. başvurucunun ehemmiyetli bir dezavantaja maruz kalmamış olduğuna kanaat getirirse, işbu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanan insan haklarına saygı anlayışının başvurunun esasın incelenmesini gerektirmemesi ve de ulusal bir mahkeme tarafından layıkıyla ele alınmamış hiçbir davanın bu gerekçeyle reddedilmemesinin sağlanması şartıyla,

34. madde uyarınca sunulan herhangi bir kişisel başvuruyu kabuledilemez olarak ilan eder."

Madde 13

Aşağıda belirtilen yeni paragraf Sözleşme'nin 36. maddesinin sonuna eklenir:

"3 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Daire ve Büyük Daire önünde görülmekte olan tüm davalarda duruşmalara katılabilir, yazılı yorumlarını sunabilir."

Madde 14

Sözleşme'nin 38. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilir:

"Madde 38. Davanın incelenmesi

Mahkeme tarafların temsilcileri birlikte davayı inceler ve gerekli olması halinde, ilgili Yüksek Sözleşen Tarafların, etkinliği için gerekli tüm kolaylıkları sağlayacakları bir soruşturma yapar."

Madde 15

Sözleşme'nin 39. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

"Madde 39. Dostane Çözümler

5. Mahkeme, işbu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanan insan haklarına saygı temelinde davanın dostane bir çözüm ile sonuçlandırılması amacıyla ilgili taraflara davanın her aşamasında hizmet sunmaya hazır olacaktır.

6. Paragraf 1 uyarınca yürütülen sürece ilişkin işlemler gizlidir.

7. Dostane çözüme varılması halinde Mahkeme olaylarla ve varılan çözümlerle sınırlı kısa açıklamayı içeren bir karar vererek başvuruyu kayıttan düşürür.

8. Bu karar, kararda belirtilen dostane çözüm şartlarının yerine getirilmesini denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne havale edilir."

Madde 16

Sözleşme'nin 36. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilir:

"Madde 46. Kararların Bağlayıcılığı ve Uygulanması

1. Yüksek Sözleşen Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler.

2. Mahkeme'nin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir.

3. Bakanlar Komitesi'nin nihai mahkeme kararının infazının kararının yorumlanmasındaki bir problem nedeniyle engellediğine karar vermesi halinde, Komite yorum sorunu hakkında karar verilmek üzere meseleyi Mahkeme'ye havale eder. Bu tür bir havale kararı Komite'de faaliyet gösterme hakkına sahip olan temsilcilerin 3/2 çoğunluk oyunu gerektirir.

4. Bakanlar Komitesi'nin bir Yüksek Sözleşen Tarafın taraf olduğu bir davanın nihai kararına uymayı reddettiğine karar vermesi halinde, Komite, söz konusu tarafa resmi bir bildirimde bulunduktan ve Komite'de faaliyet gösterme hakkına sahip olan temsilcilerin 3/2 çoğunluk oyuyla karar almasından sonra, söz konusu tarafın birinci paragrafta belirtilen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği sorununu Mahkeme'ye havale eder.

5. Mahkeme, birinci paragrafın ihlal edildiğini bulgulaması halinde, davayı alınacak tedbirler hakkında karar verilmesi amacıyla Bakanlar Komitesi'ne havale eder. Mahkeme, birinci paragrafın ihlal edildiğini bulgulamaması halinde, davayı incelenmeyi kapatacak olan Bakanlar Komitesi'ne havale eder.

Madde 17

Sözleşme'nin 59. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilir:

1. Aşağıda belirtilen yeni bir ikinci paragraf eklenir:

"2. Avrupa Birliği işbu Sözleşme'yi kabul eder."

2. 2, 3 ve 4. paragraflar sırasıyla 3, 4 ve 5. paragraf olur.

Nihai ve Geçici Hükümler

Madde 18

1. Bu protokol Sözleşme'ye imzacı olan Avrupa Konseyi üyesi devletlerin imzasına açıktır. Devletler Protokol ile bağlı olma rızalarını;

a. Onay, kabul ve uygun bulma hususunda çekince koymaksızın imzaları ile; veya

b. Onaya, kabule veya uygun bulmaya tabi olacak imzaları ile, imzayı onay, kabul veya uygun bulma takip edecektir, ifade ederler.

2. Onay, kabul veya uygun bulma belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi edilecektir.

Madde 19

İşbu Protokol Sözleşme'ye taraf olan tüm ülkelerin 18. maddede belirtilen hükümlere uygun olarak Protokol ile bağlı kalacaklarını ifade ettikleri tarihten itibaren üç aylık bir sürenin bitişini izleyen ayın ilk günü yürürlüğe girecektir.

Madde 20

1. İşbu Protokol hükümleri, Protokol'ün yürürlüğe giriş tarihinden itibaren, icra süreci Bakanlar Komitesi tarafından denetlenmekte olan kararlarda dahil olmak üzere Mahkeme önünde derdest olan tüm başvurulara uygulanır.

2. İşbu Protokol'ün 12. maddesi ile Sözleşme'nin 35. maddesinin 3b fıkrasına dahil edilen yeni kabuledilebilirlik kriteri işbu Protokol'ün yürürlüğe girmesi öncesinde kabuledilebilir olarak ilan edilen başvurulara uygulanmaz. İşbu Protokol'ün yürürlüğe girmesini takip edecek iki yıl içinde, yeni kabuledilebilirlik kriteri sadece Mahkeme'nin Daireleri ve Büyük Dairesi tarafından uygulanır.

Madde 21

İşbu Protokol'ün yürürlüğe girme tarihinde birinci dönem hizmetlerini veren yargıçların görev süresi toplam dokuz yıl olacak şekilde ipso jure (hukuken ç. n.) uzatılır. Diğer yargıçlar iki yıla kadar uzatılacak olan ipso jure görev sürelerini tamamlarlar

Madde 22

Avrupa Konseyi Genel Sekreteri:

- a. Her imzalamayı;
- b. Her onaylama, kabul veya uygun bulma belgesinin verilişini;
- c. 19. maddeye uygun olarak işbu Protokol'ün yürürlüğe giriş tarihini;

d. İşbu Protokole ilişkin diğer her türlü işlem, ihbar veya bildirim;
Konsey üyesi Devletlere bildirir.

İmza yetkisine haiz kişilerce imzalanmış olup,

Avrupa Konseyi arşivlerinde saklanmak ve her iki metinde aynı derecede geçerli olmak üzere Fransızca ve İngilizce tek bir nüsha halinde 13 Mayıs 2004 tarihinde Strasburg'da düzenlenmiştir. Genel Sekreter bunun tasdikli örneklerini imza eden tüm devletlere gönderir.

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ KARARLARI

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi

T. 15.06.2004

E. 2003/15705

K. 2004/7859

*Manevi tazminat

*Yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı

(Anayasa m. 28; 5680 sayılı Basın K. m. 1; 4721 sayılı TMK m. 21, 25)

Dava yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş olup kararı davalılar temyiz etmiştir.

Davacılar, yapılan yayının hukuka aykırı olması nedeniyle kişilik haklarının saldırıya uğradığı savı ile manevi tazminat isteminde bulunmuşlardır.

Davalılar yayının, Basın Yasası'nın tanıdığı sınırlar dışına çıkmadan, özle biçim arasındaki denge korunarak verildiğini, bu nedenle davanın reddedilmesi gerektiğini savunmuşlardır.

Mahkemece, istem kısmen kabul edilmiş, karar davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, yayın yoluyla kişilik haklarının saldırıya uğradığı savına dayanmaktadır. Diğer bir anlatımla dava, yapılan yayında yer alan açıklamaların kişilik değerlerine saldırı içerdiği ve böylece hukuka aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Böyle bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasında, genel durumlardaki hukuka aykırılık teşkil eden eylemlerden farklı bir yöntemin izlenmesi ve ayrı ölçütlerin koşul olarak aranması gerekmektedir.

Bunun nedeni, Anayasa'nın 28. maddesindeki basının özgür olduğu güvencesine ve bu ilkeyi güçlendiren 5680 sayılı Basın Yasası'nın 1. maddesindeki düzenlemedir. Bu düzenlemede basının özgürce yayın yapmasının güvence altına alındığı görülmektedir. Basına sağlanan güvencenin nedeni, toplumun sağlıklı, mutlu ve güven içinde yaşayabilmesi içindir. Bunun için de kişinin, dünyada ve özellikle içinde yaşadığı toplumda meydana gelen ve toplumu ilgilendiren konularda bilgi sahibi olması ile olanaklıdır. Diğer bir anlatımla basın, olayları izleme, araştırma, değerlendirme, yayma ve böylece kişileri bilgilendirme, öğretme, aydınlatma, yönlendirme yetki ve sorumluluğuna sahiptir. Bunun içindir ki, basının yayın yaparken, yaptığı yayından dolayı hukuka aykırılık teşkil edecek olan eylemi, genel olaylardaki hukuka aykırı olan eylemden farklılık taşır. İşte bu farklılık ve ayrık durum gözetilerek yapılan yayının hukuka aykırılık veya uygunluk sınırı belirlenmelidir. Basın dışı bir olaydaki davranış biçiminin hukuka aykırılık oluşturduğu kabul edildiği durumlarda, basın yoluyla yapılan bir yayındaki olay hukuka aykırılık oluşturmayabilir. İşte basının bu nedenle ayrı bir konumu bulunmaktadır.

Ne var ki basının bu ayrıcalık taşıyan konumu ve özgürlüğü, tüm özgürlüklerde olduğu gibi sınırsız değildir. Bundan dolayıdır ki, yayımlarında kişilik haklarına saygı göstermesi ve gerek Anayasa'nın Temel Hak ve Özgürlükler bölümünde yer alan ve gerekse MK'nın 21 ve 25. maddesinde ve yine özel yasalarda güvence altına alınmış bulunan kişilik haklarına saldırıda bulunmaması da yasal ve hukuki bir zorunluluk ve gerekliliktir.

Açıklanan bu yasal düzenlemelerden ve yargısal uygulamalardan da anlaşılacağı üzere, basının özgürlüğü ile kişilerin, kişilik değerlerinin karşı karşıya geldiği, diğer bir anlatımla, hukuk düzenince koruma altına alınan yararların birbirine karşı çatışma içinde buldukları biçiminde bir görünümün var olduğu kanısı uyanmaktadır.

Halbuki hukuk düzenininin, çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Aksi halde hukukun kendisi, kendi kuralları ile çatışmış olur. Aslında yapılan düzenleme, hukukun diğer temel kavramları ile birlikte incelendiğinde, iki yararın aynı anda ve aynı olayda birbiri ile çatışmadıkları, somut olaydaki olgular itibarıyla koruma altına alınmış bulunan bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği anlaşılacaktır. Bunun sonucunda da, daha az üstün olan yarar, daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında, o olayda ve o an için hukuk düzenince korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir.

Bunun için temel ölçüt, kamu yararadır. Diğer bir anlatımla yayın, salt toplumun yararı gözetilerek yapılmalıdır. Toplumun çıkarı dışında hiçbir kişisel çıkar, gerçeklerin yanlış olarak sunulmasına neden olmamalıdır. Haber olduğu biçimi ile verilmeli ve kişisel katkı yer almamalıdır. Gerek yazılı ve gerekse

görsel basının bu işlevini yerine getirirken, özellikle yayının gerçek olmasını, yayında kamu yararı bulunmasını, toplumsal ilginin varlığını, konunun güncelliğini ve haber verilirken öze biçim arasındaki dengeyi de korumalıdır. Bu ilke ve kurallar gözetilmeden yapılan yayın hukuka aykırılığı oluşturur ve böylece kişilik hakları saldırıya uğramış olur. Aksi bir yayının ise, gerek Anayasa ve Basın Yasası ve gerekse basının genel işlevi karşısında hukuka uygun olduğu, kişilik değerlerine saldırı teşkil etmediği kabul edilmelidir.

Yine basın, objektif sınırlar içinde kalmak suretiyle yayın yapmalıdır. O an için o olay veya konu ile ilgili olan, görünen bilinen her şeyi araştırmak, incelemek ve olayları olduğu biçimi ile yayımlamalıdır. Bu işlevi ile gerek yazılı ve gerekse görsel basın, somut gerçeği değil, o anda belirlenen, var olan ve orta düzeydeki kişilerce de yayının yapıldığı biçimi ile kabul edilen olguları yayımlamalıdır. O anda ve görünürde var olup da sonradan, gerçek olmadığı anlaşılan olayların ve olguların yayınından basın sorumlu tutulmamalıdır.

Davaya konu edilen 23.11.2001 tarihli “*işkenceyi savunanlar cezaevlerini izleyecek. Bir garip seçim*” başlıklı yayında, kamuoyunda Manisalı Gençler Davası olarak bilinen kamu davasında işkence yapan (işkenceci) polisleri savunan davacı avukatların Manisa Adalet Komisyonu tarafından Manisa Ceza ve İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulu’na seçildikleri haber konusu yapılmıştır. Davacılar, avukat olarak savundukları kişiler nedeniyle işkencecilerin avukatı, işkenceyi savunanlar biçiminde tanıtılmalarının ve Ceza ve İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulu’na seçilmeye layık olmadıklarının yayında ima edilmesinin kişilik haklarına saldırı oluşturduğunu ileri sürmüşlerdir. Davalılar ise, yayında davacıların kişiliğine saldırı bulunmadığını, Adalet Komisyonu’nun yaptığı seçimin yayının ana konusu olduğunu ve bu seçim hakkında kamuoyunun bilgilendirildiğini, yayında iddia edilen ima ve tanıtmanın bulunmadığını, gerçeklerin yazıldığını, İzleme Kurulu’na seçilen davacıların işkence ile suçlanan polislerin avukatı olduklarının kamuoyuna yansıtıldığını savunmuşlardır.

Dosya içeriğinden; davacıların, işkence yapmakla suçlanan polislerin avukatları oldukları, bu durumun bilinmesine rağmen Adalet Komisyonu tarafından İzleme Kurulu’na seçildikleri anlaşılmaktadır. Sözü edilen işkence davası kamuoyuna mal olmuş, hakkında basında bir çok haber yapılmış ve tartışmalara konu olmuş bir davadır. Başka kişiler de bulunmasına ve bir zorunluluk olmasına karşın o davada yargılanan polisleri savunan avukatların, Ceza ve Tutukevleri İzleme Kurulu’na seçilerek böyle bir görevle görevlendirilmelerinin uygun olmadığı dava konusu yayında gündeme getirilmektedir. Yayında somut olayla denklik taşıyan bir düşünce açıklaması yapılmıştır. Ana konusu Adalet Komisyonu’nun yaptığı seçim hakkında kamuoyunu bilgilendirmek olan dava konusu haberde, seçilen kişilerin işkence yapmakla suçla-

nan polislerin avukatı olduklarının yazılması, Komisyon'un yaptığı seçimin değerlendirilmesine yardımcı olmak amacıyla ve ana konuyla bağlantılı olarak yazılmış gerçek bir olgudur. Bu itibarla yayının davacılara yönelik bulunduğu ve onların kamuoyuna yanlış tanıtıldıkları iddiası doğru olmadığı gibi yayında davacılar hakkında olumsuz bir ima da yapılmamıştır. Şu durum karşısında dava konusu yayının hukuka uygun olduğunun kabulü ile reddedilmesi gerekirken, yerel mahkemece davalıların sorumluluğuna karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

* * *

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi

T. 25.05.2004

E. 2003/14463

K. 2004/6655

***Manevi tazminat**

***Yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı**

(Anayasa m. 28; 5680 sayılı Basın K. m. 1; 4721 sayılı TMK m. 21,25)

Dava yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş olup kararı davalılar temyiz etmiştir.

Davacılar, yapılan yayının hukuka aykırı olması nedeniyle kişilik haklarının saldırıya uğradığı savı ile manevi tazminat isteminde bulunmuşlardır.

Davalılar yayının, Basın Yasası'nın tanıdığı sınırlar dışına çıkmadan, özle biçim arasındaki denge korunarak verildiğini, bu nedenle davanın reddedilmesi gerektiğini savunmuşlardır.

Mahkemece, istem kısmen kabul edilmiş, karar davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, yayın yoluyla kişilik haklarının saldırıya uğradığı savına dayanmaktadır. Diğer bir anlatımla dava, yapılan yayında yer alan açıklamaların kişilik değerlerine saldırı içerdiği ve böylece hukuka aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Böyle bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasında, genel durumlardaki hukuka aykırılık teşkil eden eylemlerden farklı bir yöntemin izlenmesi ve ayrı ölçütlerin koşul olarak aranması gerekmektedir.

Bunun nedeni, Anayasa'nın 28. maddesindeki basının özgür olduğu güvencesine ve bu ilkeyi güçlendiren 5680 sayılı Basın Yasası'nın 1. maddesindeki düzenlemedir. Bu düzenlemede basının özgürce yayın yapmasının güvence altına alındığı görülmektedir. Basına sağlanan güvencenin nedeni, toplumun

sağlıklı, mutlu ve güven içinde yaşayabilmesi içindir. Bunun için de kişinin, dünyada ve özellikle içinde yaşadığı toplumda meydana gelen ve toplumu ilgilendiren konularda bilgi sahibi olması ile olanaklıdır. Diğer bir anlatımla basın, olayları izleme, araştırma, değerlendirme, yayma ve böylece kişileri bilgilendirme, öğretme, aydınlatma, yönlendirme yetki ve sorumluluğuna sahiptir. Bunun içindir ki, basının yayın yaparken, yaptığı yayından dolayı hukuka aykırılık teşkil edecek olan eylemi, genel olaylardaki hukuka aykırı olan eylemden farklılık taşır. İşte bu farklılık ve ayrık durum gözetilerek yapılan yayının hukuka aykırılık veya uygunluk sınırı belirlenmelidir. Basın dışı bir olaydaki davranış biçiminin hukuka aykırılık oluşturduğu kabul edildiği durumlarda, basın yoluyla yapılan bir yayındaki olay hukuka aykırılık oluşturmayabilir. İşte basının bu nedenle ayrı bir konumu bulunmaktadır.

Ne var ki basının bu ayrıcalık taşıyan konumu ve özgürlüğü, tüm özgürlüklerde olduğu gibi sınırsız değildir. Bundan dolayıdır ki, yayımlarında kişilik haklarına saygı göstermesi ve gerek Anayasa'nın Temel Hak ve Özgürlükler bölümünde yer alan ve gerekse MK'nın 21 ve 25. maddesinde ve yine özel yasalarda güvence altına alınmış bulunan kişilik haklarına saldırıda bulunmaması da yasal ve hukuki bir zorunluluk ve gerekliliktir.

Açıklanan bu yasal düzenlemelerden ve yargısal uygulamalardan da anlaşılacağı üzere, basının özgürlüğü ile kişilerin, kişilik değerlerinin karşı karşıya geldiği, diğer bir anlatımla, hukuk düzenince koruma altına alınan yararların birbirine karşı çatışma içinde buldukları biçiminde bir görünümün var olduğu kanısı uyanmaktadır.

Halbuki hukuk düzeninin, çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Aksi halde hukukun kendisi, kendi kuralları ile çatışmış olur. Aslında yapılan düzenleme, hukukun diğer temel kavramları ile birlikte incelendiğinde, iki yararın aynı anda ve aynı olayda birbiri ile çatışmadıkları, somut olaydaki olgular itibariyle koruma altına alınmış bulunan bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği anlaşılacaktır. Bunun sonucunda da, daha az üstün olan yarar, daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında, o olayda ve o an için hukuk düzenince korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir.

Bunun için temel ölçüt, kamu yararadır. Diğer bir anlatımla yayın, salt toplumun yararı gözetilerek yapılmalıdır. Toplumun çıkarı dışında hiçbir kişisel çıkar, gerçeklerin yanlış olarak sunulmasına neden olmamalıdır. Haber olduğu biçimi ile verilmeli ve kişisel katkı yer almamalıdır. Gerek yazılı ve gerekse görsel basının bu işlevini yerine getirirken, özellikle yayının gerçek olmasını, yayında kamu yararı bulunmasını, toplumsal ilginin varlığını, konunun güncelliğini ve haber verilirken özle biçim arasındaki dengeyi de korumalıdır. Bu ilke ve kurallar gözetilmeden yapılan yayın hukuka aykırılığı oluşturur ve böylece

kişilik hakları saldırıya uğramış olur. Aksi bir yayının ise, gerek Anayasa ve Basın Yasası ve gerekse basının genel işlevi karşısında hukuka uygun olduğu, kişilik değerlerine saldırı teşkil etmediği kabul edilmelidir.

Yine basın, objektif sınırlar içinde kalmak suretiyle yayın yapmalıdır. O an için o olay veya konu ile ilgili olan, görünen bilinen her şeyi araştırmak, incelemek ve olayları olduğu biçimi ile yayımlamalıdır. Bu işlevi ile gerek yazılı ve gerekse görsel basın, somut gerçeği değil, o anda belirlenen, var olan ve orta düzeydeki kişilerce de yayının yapıldığı biçimi ile kabul edilen olguları yayımlamalıdır. O anda ve görünürde var olup da sonradan, gerçek olmadığı anlaşılan olayların ve olguların yayınından basın sorumlu tutulmamalıdır.

Davaya konu yayında *“işkenceyi savunanlar cezaevlerini izleyecek. Bir garip seçim”* başlığı altında *“Manisa Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulu’na Manisa Barosu’nun önerdiği isimlerin yerine Manisa Adalet Komisyonu başkanı ve Manisalı Gençler davasının hakimi, işkenceci polisleri savunan avukatları seçti. Seçimi Manisalı Gençler davasında polisleri suçsuz bulan ağır ceza hakimi M. Y. başkanlığındaki komisyon yaptı”* şeklinde haber yapıldığı anlaşılmaktadır.

Dava konusu olan ve yukarıda özetlenen yayının içeriğine göre, davacının başkanı bulunduğu Adalet Komisyonu tarafından, İzleme Kurulu’na o yerde işkence yaptıkları iddiası ile yargılanan avukatların görevlendirildiği anlaşılmaktadır. Sözü edilen dava tüm kamuoyuna mal olmuş ve tartışmalara neden olmuştur. Başka kişilerin de bulunmasına ve bir zorunluluk olmamasına karşın o davadaki avukatların böyle bir görevde görevlendirilmiş olmalarının uygun olmaması gündeme getirilmiştir. Dava konusu yayın, bir düşünce açıklamasıdır ve bu düşünce de somut olayla denklik taşımaktadır. Açıklanan bu nedenlerle ve yukarıdaki ilkeler birlikte değerlendirildiğinde hukuka uygun olduğunun kabulü ile davanın tümünden reddi gerekirken kısmen kabulü usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

* * *

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ KARARLARI

Özet: Bütçe kanunlarında öngörülen faiz oranlarının sadece “genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları için uygulanabileceği (özel kişiler arasındaki ilişkilerde bu faiz oranlarının uygulanmayacağı)”

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi

T. 29.06.2004

E. 2004/13503

K. 2004/17127

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki borçlu vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Bütçe Kanunlarında öngörülen faiz oranlarının genel bütçeye dahil dairelerle, katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları için uygulanabileceğine, tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere göre yerinde bulunmayan temyiz sebeplerinin reddiyle usul ve kanuna uygun mahkeme kararının İİK'nın 366. ve HUMK'un 438. maddeleri uyarınca (onanmasına), 10.100.000. Lira onama harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına yer olmadığına, 29.06.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Özet: Bütçe kanunlarında öngörülen faiz oranlarının sadece “genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları için uygulanabileceği (özel kişiler arasındaki ilişkilerde bu faiz oranlarının uygulanmayacağı)”

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi

T. 05.07.2004

E. 2004/13778

K. 2004/17777

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkikinin alacaklı vekilince istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü.

Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

4833 sayılı, 2003 Yılı Mali Bütçe Kanunu'nun 50/t maddesi ile 5027 sayılı, 2004 Yılı Bütçe Kanunu'nun 49/o maddesindeki faiz oranları genel bütçeye dahil dairelerle, katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları için uygulanabileceğinden, somut olayda tarafların sıfatları nazara alındığında; sözü edilen kanunlarda öngörülen faiz oranlarının olayda uygulama yeri bulunmamaktadır. Bu nedenle mahkemece kıdem tazminatı dışındaki alacaklar için 31.12.2003-24.03.2004 ve yargılama giderleri için 09.03.2004-24.03.2004 dönemlerinde faiz oranının 3095 sayılı Yasa hükümlerine göre belirlenip uygulanması yerine yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

Sonuç: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca bozulmasına, 05.07.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Not: Yüksek mahkeme yukarıdaki kararlarında bütçe kanunlarında öngörülen faiz oranlarının sadece "genel bütçeye dahil dairelerle (yani, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, yargı organlarının ve bakanlıkların) katma bütçeli idarelerin (örneğin, Karayolları Genel Müdürlüğü, Vakıflar Genel Müdürlüğü, Üniversiteler, Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü vb.) ilama bağlı borçları için uygulanabileceği (özel kişiler arasındaki ilişkilerde bu faiz oranlarının uygulanmayacağı)" vurgulamıştır. Bu içtihadın yasal dayanağı olan 4833 sayılı 2003 Yılı Mali Bütçe Kanunu ile 5027 sayılı 2004 Yılı Mali Bütçe Kanunu'nun ilgili maddeleri ile bu maddeye ait gerekçe'ler -konunun daha iyi anlaşılabilmesi için- aşağıda sunulmuştur.

4833 ve 5027 sayılı Bütçe Kanunları'nın ilgili 51 ve 49. maddelerinde bu faiz oranlarının hangi uyumsuzluklarda uygulanacağı hakkında bir açıklık bulunmadığından, uygulamada bu konuda tereddüt doğmuştu. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, bu maddelerin gerekçelerine başvurarak, bu gerekçeler doğrultusunda ilgili maddeleri -isabetli bir şekilde- yorumlayarak konuya açıklık getirmiştir...

Av. Talih UYAR

2003 MALİ YILI BÜTÇE KANUNU

Kanun No: 4833

Kabul Tarihi: 29.3.2003

Kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler

Madde 51

t) İlgili kanununda düzenleme yapılmaya kadar, 4.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki kanuni faiz oranı, 1.4.2003 tarihinden itibaren aylık % 2,5 olarak uygulanır. Ay kesirleri tama iblağ

edilir. Taksitlendirilen veya herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranı uygulanır.

Gerekçe

Kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler

Madde 52. Maddede genel olarak çeşitli nedenlerle kısmen veya tamamen uygulanmayacak kanun hükümleri ile bütçeye konulan ödenekler miktarınca uygulanacak kanun hükümlerine yer verilmektedir.

(t) bendinde, 4.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki kanuni faiz oranının, genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları için, 1.4.2003 tarihinden itibaren aylık % 2,5 olarak uygulanacağı ve ay kesirlerinin tama iblağ edileceği belirtilmektedir.

2004 MALİ YILI BÜTÇE KANUNU

Kanun No: 5027

Kabul Tarihi: 24.12.2003

Kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler

Madde 49

o) İlgili kanununda düzenleme yapıncaya kadar, 4.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki kanuni faiz oranı, aylık % 1,25 olarak uygulanır. Ay kesirleri tama iblağ edilir. Taksitlendirilen veya herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranı uygulanır.

Gerekçe

Kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler

Madde 49. Maddede genel olarak çeşitli nedenlerle kısmen veya tamamen uygulanmayacak kanun hükümleri ile bütçeye konulan ödenekler miktarınca uygulanacak kanun hükümlerine yer verilmektedir.

(o) bendinde, 4.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki kanuni faiz oranının, genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin ilama bağlı borçları için, 01.01.2004 tarihinden itibaren aylık % 1,25 olarak uygulanacağı ve ay kesirlerinin tama iblağ edileceği belirtilmektedir.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ KARARLARI

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 14.06.2004

E. 2003/7031

K. 2004/7242

*Menfi tespit

*İtirazın iptali

*Off-shore bankacılık

(kıyı bankacılığı)

*Kredi alacağı

(4389 sayılı Bankalar K. m.7/5; 818 sayılı BK m.1)

4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 7/5 maddesinde düzenlenen "Off-Shore Bankacılık" (kıyı bankacılığı) daha çok serbest bölgelerde faaliyet gösteren, ulusal bankacılık sisteminin dışında ve kanuni ihtiyatlar bakımından muafiyetler tanınmış, sözleşme faizi yönünden sınırlamalara tabi olmayan, diğer yasal sınırlamaların ise son derece yumuşatıldığı vergi ve denetim kolaylıkları taşıyan ve temel amacı yabancı para ve sermaye piyasalarıyla bütünleşme ve uluslararası bankacılık işlemleri hacmini genişletme amacı ile kurulan, bunun için de müşteri hizmetlerinde dinamizm ve esneklik sağlanan ve bankacılık lisansının alındığı ülkede ikamet edenlere kapalı olan bir bankacılık türüdür. Ülkemizde de son yıllarda ulusal bankalar aracılığı ile tasarruf sahiplerince yurt dışındaki "Off-Shore Bankalarına" hesap açtırıp mevduat yatırıldığı bilinmektedir.

BK'nın 1. madde hükmü uyarınca tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla, bir başka anlatımla hukuki bir sonucu sağlama amacı etrafında birleşmeleriyle sözleşme ilişkisi kurulmuş olur. Somut olayda, davacıların 14.12.1999 ve 26.11.1999 tarihli talimatları ile döviz cinsinden olan Eximbank kaynaklı kullanılan kredinin bir kısmını talimat ile "Off-Shore" şirketi hesabına havale edildiği ve bu talimat gereği davalı bankanın Trabzon Şubesi'ne yatırılarak "Off-Shore" bankasında adına hesap açıldığını gösterir hesap cüzdanını almış ve davacı tarafça da dava dışı "Off-Shore" bankası hesabında yapılan bu işlemlere herhangi bir itirazda bulunulmamıştır. Bir başka deyişle davacılar Eximbank kaynaklı olarak kullandıkları krediyi, yüksek getirili ve fakat Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu kapsamı ve güvencesi dışında kalan bu hesap türünde değerlendirmeyi seçip benimsemişlerdir.

Mahkemece, Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde davalı Egebank A. Ş. yetkilileri hakkında düzenlenen iddianame ve bir kısım sanık savunmaları, BDDK raporu ile Eximbank A. Ş.'nin banka personeline "Off-Shore" hesaplar hakkında seminer vermesi gibi olgulardan hareketle işlemi yapan Egebank A. Ş. ile dava dışı KKTC'deki "Off-Shore" şirketi arasında bir kısım yöneticilerin de aynı kişiler olmasını da gösterdiği üzere organik bağ bulunduğu ve birbirlerinin uzantısı durumunda oldukları, bankanın bu işleme "Off Shore" hesabı

ile mevduat hesapları ile aynı güvenceye sahip olduğu görüntüsü yaratıldığından davanın kabulüne karar verilmiş ise de, verilen talimatlar gereğince para yatırma tarihlerinden itibaren, işlemin anılan "Off-Shore" şirketi muhatap alınarak gerçekleştiğinin bilindiğinin gerek bu talimatlar ve gerekse hesap cüzdanları içeriği nedeniyle kuşkusuz bulunduğu davalının bu işlemlerde aracı olduğuna ilişkin savunmasının aksine davacıdan alınan paranın davalı Egebank A. Ş. bünyesinde tutularak kullanıldığı şeklindeki mahkeme kabulü ile "Off-Shore" şirketi adına yatırılan paranın davalı bankanın kredi alacağından mahsubu doğru görülmemiştir.

Bu durumda mahkemece, davalı-birleşen davacı Egebank A. Ş.'nin davalılarda olan kredi alacağı konusunda uzman bilirkişi aracılığı ile saptanıp varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenle hükmün davalı-birleşen davacı Egebank A.Ş. yararına bozulmasına, 14.6.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 10.06.2004

E. 2004/5581

K. 2004/5581

*Menfi tespit

*Çek

*Keşide yeri

*İspat yükü

(6762 sayılı TTK m.692/5,693; 818 sayılı BK m.457)

Davacı vekili, davalının müvekkil aleyhine kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile başladığı icra takibine konu olan belgede keşide yeri olmadığından çek vafında kabul edilemeyeceğini belirterek, davacının borçlu olmadığını tesbiti ile %40 tazminata karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, icra takibine konu belgenin çek niteliğinde olduğunu savunmuştur.

Mahkemece, davanın reddine, icra takibine konu belgenin kambiyo senedi niteliğinde olup olmadığı hususunun re'sen nazara alınacağı gerekçesi ile takibin durdurulmasına karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

1. Dava, hamiline düzenlenen ancak, keşide yeri bulunmayan çekle yapılan takibe karşı ciranta tarafından hamile karşı açılan menfi tesbit davasıdır.

TTK'nun 692/5. maddesi hükmüne göre çekte keşide yerinin gösterilmesi şarttır. Dava konusu belgede ise, keşide yeri gösterilmemiştir. Keşidecinin

adı ve soyadı yanında da herhangi bir yer ismi bulunmamaktadır. Anılan bu eksiklik TTK'nın 693. maddesinde yazılı istisnalar dışında kaldığından dava konusu belgenin çek olarak kabulü mümkün değildir. Öte yandan dava konusu belge hamiline düzenlenmiştir. BK'nın 457 ve devamı maddelerinde yer alan havale ile ilgili hükümlere göre havaleden söz edilebilmesi için lehtarının kim olduğunun belirtilmesi gerekir. Dava konusu belgede lehtar adı yazılı olmadığından mahkemenin belgenin havale hükmünü taşıdığı yönündeki kabulünde isabet bulunmamaktadır.

Bu durumda kanıt yükü davalıda olup davalının davacıdan alacaklı olduğunu kanıtlaması gerekir. Mahkemenin bu yönü gözden kaçırarak ispat külfetinin tayininde yanılğıya düşmek suretiyle davacının davasını ispat edemediğinden bahisle davayı reddetmesi doğru görülmemiştir.

2. Davalı vekilinin temyizine gelince, mahkemece, takibin borçlular İ. A. ve M. E. aleyhine yapıldığı gözetilmeden davada taraf olmayan davadışı İbrahim Akbaş'ı da etkileyecek şekilde talep dışına çıkılarak takibin durdurulmasına karar verilmesi de doğru değildir.

Sonuç: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı H. A. yararına hükmün bozulmasına, peşin harcın istek halinde iadesine, 10.6.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 31.05.2004

E. 2003/9640

K. 2004/6469

*İtirazın iptali

*Menfi tespit

*Gabin

*Gecelik faiz anlaşması

*İvazlar arasında denge

*Müzayaka hali

(818 sayılı BK m.19,20,21)

Uyuşmazlık, davalının savunmasına dayanak oluşturan gabin koşullarının somut olay açısından gerçekleşip gerçekleşmediği ve dolayısıyla davalı bankanın fazla faiz tahakkuk ettirildiği gerekçesiyle davacının hesabından kesinti yapıp yapamayacağı noktasında toplanmaktadır.

O halde öncelikle "gabin" in tanımını ve koşullarına kısaca değinmekte fayda ve zorunluluk bulunmaktadır.

Borçlar hukukumuzun ana ilkelerinden biri olan sözleşme serbestisine BK'nın 19, 20 ve 21. maddeleri ile birtakım sınırlamalar getirilmiştir.

Gabini düzenleyen BK'nın 21. maddesinde; "Bir sözleşmede edimler arasında açık bir nispetlilik bulunduğu takdirde, eğer gabin zarara uğrayan tarafın müzayaka halinde bulunmasından veya külfetinden yahut tecrübesizliğinden yararlanmak suretiyle meydana getirilmiş ise, zarar gören taraf bir yıl içinde sözleşmeyi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir" hükmü yer almaktadır. Madde hükmünden hareketle gabini şu şekilde tanımlayabiliriz.

Gabin, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birisinin diğer tarafın müzayaka halinden (zor durumda, sıkıntı ve darlık içinde kalmasından), tecrübesizliğinden veya hiffetinden (düşüncesizlik ve uçarıklık) yararlanmak suretiyle aşırı bir menfaat elde etmesi, edimler arası bir dengesizlik yaratması demektir. (Burcu Kalkan, *Türk Hukukunda Gabin*, İst. Ocak 2004, s. 51) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 24.1.1973 T.ve 1971/1-376 E, 24 K. sayılı kararında aynen şunları söylemiştir; "Gabin, dar ve zor durumda kalmalarından ötürü sözleşme yapmaya sürüklenmiş kişileri korumak ve zayıfı güçlüye ezdirmemek için daha çok sosyal amaçlarla kabul edilmiş bir müessesedir. (Prof. Dr. Fikret Eren, *Borçlar Hukuk Genel Hükümler*, 6. bası, İst. 1998, C. 1, s. 388; M. Reşit Karabasan, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 2003, C. 1, s. 297),

Görüldüğü gibi gabinin biri objektif diğeri de sübjektif olmak üzere iki koşulu bulunmaktadır.

Bir sözleşmenin edimleri arasındaki aşırı oransızlık objektif unsuru oluşturmaktadır.

Aşırı oransızlığın karşı tarafın özel durumundan yani müzayaka veya hiffeti ya da tecrübesizliğinden bilerek yararlanması sonucu doğması gerekir ki buna da sübjektif şart denmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 5.2.1969 tarih, ve 66/1-263/90 sayılı kararında da açıkça belirtildiği gibi "Gabin vardır diyebilmek için, objektif şart ile birlikte sübjektif şart teşkil eden müzayaka veya hiffet veyahut tecrübesizlik hallerinden birinin dahi bulunması ve alıcının bu durumu bilmesi ve ondan faydalanması, diğer bir deyimle karşı tarafın durumunun istismar etmesi lazımdır (Bkz., Tekinay, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İst. 1993, s. 463; Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, İst. 1976, s. 259, dipnot 436; Prof. Dr. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* C. 1, s. 391 ; Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman, Doç. Dr. M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İst. 1995, s. 100, dipnot 332).

Davalı-karşı davacı banka vekili cevap ve karşı dava dilekçesinde, davalının dava dışı (3 kişiler) kişi ile birlikte grup oluşturup, grup faizinden yararlanmak suretiyle yüksek faiz geliri elde etmek için ekonomik kriz nedeniyle müzayaka halinde bulunan banka ile gecelik faiz anlaşması yaptığını, bu

sözleşmenin gabin ahlaka ve hukuka aykırı olması nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürmüştür.

Bu durumda mahkemece, davacı hesabına tahakkuk ettirilen gecelik faiz oranlarının, öncelikle uyuşmazlık konusu dönemlerde (daha sonra TMSF'ye devir olunan bankalar hariç) diğer banka ve aracı kurumların uyguladığı repo, ters repo ve gecelik faiz oranları araştırılarak aşırı olup olmadığı, diğer bir anlatımla sözleşmedeki ivazlar arasında açık bir dengesizlik (objektif unsur) bulunup bulunmadığı, şayet bir nispetsizlik varsa bunun bankanın aşırı oranda gecelik faizlerin uygulandığı dönemde içerisinde bulunduğu koşullara göre müzayaka halinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı (sübjektif unsur) ve yukarıda açıklanan hususlar da gözetilerek banka kayıtları üzerinde, ekonomist, bankacı ve borçlar hukuku konusunda uzman öğretim üyelerinden oluşacak yeni bir bilirkişi kurulu ile inceleme yaptırılarak alınacak rapor doğrultusunda ve varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün bozulmasına, peşin harcın istek halinde iadesine, 31.5.2004 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 10.06.2004

E. 2003/11199

K. 2004/7003

*İtirazın iptali

*Menfi tespit

*Gecelik faiz oranı

*Müzayaka hali

*Gabin

*İvazlar arasında denge

(818 sayılı BK m.1 ,19, 20, 21)

Banka talep edilen faiz oranının fahiş olduğunu, müzayaka halinde bulunması nedeniyle bu meblağı ödeme zorunluluğu bulunmadığım belirterek gabine dayanmıştır.

BK'nın 1. maddesine göre tarafların karşılıklı ve birbirine uygun olarak rızalarını beyan ettikleri takdirde sözleşme kurulmuş olur. Taraflar akdin konusunu kanunun getirdiği sınır dairesinde serbestçe tayin edebilirler. (BK mad. 19) Görüldüğü gibi hukuk sistemimizde sözleşme yapma özgürlüğü vardır. Ancak sözleşme yapma özgürlüğü maddi ve hukuki yönden bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. (BK mad. 19-20). Gabinde sözleşme yapma özgürlüğüne getirilen bir sınır olup, kanun koyucu BK'nın 21. maddesinde öngörülen şartların

oluşması halinde sözleşmede karşılıklı edimlerin kapsamının serbestçe tayin edilmesini sınırlamıştır. Hükme göre *“bir sözleşmede ivazlar arasında açık bir isabetsizlik bulunduğu takdirde eğer gabin zarar görenin müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden, yahut tecrübesizliğinden istifade suretiyle vukua getirilmiş ise, zarar gören bir sene zarfından akdi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir.”* Görüldüğü gibi gabinin söz konusu olabilmesi için edimler arasında aşırı bir değer farkı olması, bu durumun diğer tarafın müzayaka (darda kalma) veya hiffetinden veya tecrübesizliğinden yararlanılarak meydana getirilmiş bulunması gerekir.

Tacir olan banka BK'nın 21. maddesinde belirtilen hiffet veya tecrübesizlik hallerine dayanmazsa da müzayaka halinden istifade suretiyle meydana gelen edimler arasında açık bir nispetsizlik bulunan hallerde akdi feshedilebilir. (Karayalçın, Yaşar, *Ticaret Hukuku 1. Ticari İşletme*, Ankara, 1968, s. 221; Baştuğ, İrfan, *Borçlar Hukuku*, İzmir, 1977, s.90). Davalı banka kararlaştırılan faiz oranını kısmen kabul edip ödeme yaptığına göre ödenmeyen kısım yönünden sözleşme ile bağlı olmadığım diğer tarafa bildirmiş sayılır.

Bu durumda mahkemece, davacı hesabına tahakkuk ettirilen gecelik faiz oranlarının, öncelikle uyuşmazlık konusu dönemlerde (daha sonra TMSF'ye devir olunan bankalar hariç) diğer banka ve aracı kurumların uyguladığı repo, ters repo ve gecelik faiz oranları araştırılarak aşırı olup olmadığı, diğer bir anlatımla sözleşmedeki ivazlar arasında açık bir dengesizlik (objektif unsur) bulunup bulunmadığı, şayet bir nispetsizlik varsa bunun bankanın aşırı oranda gecelik faizlerin uygulandığı dönemde içerisinde bulunduğu koşullara göre müzayaka halinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı (sübjektif unsur) ve yukarıda açıklanan hususlar da gözetilerek banka kayıtları üzerinde, ekonomist, bankacı ve borçlar hukuku konusunda uzman öğretim üyelerinden oluşacak yeni bir bilirkişi kurulu ile inceleme yaptırılarak alınacak rapor doğrultusunda ve varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün bozulmasına, 10.6.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 28.06.2004

E. 2003/11978

K. 2004/8099

Menfi tespit**Senedin iptali*****Bono*****Hizmet sözleşmesi*****Ticari dava niteliği*****Görevli mahkeme**

(6762 sayılı TTK m. 4; 4857 sayılı K. m.1; 5521 sayılı K. m. 1)

Davacılar vekili, müvekkillerinin davalının şirketinde işe girerken teminat amacıyla birer adet açık bono verdiklerini belirterek, müvekkillerinin 6.7.1997 vade 150.000 DM ve 15.7.1997 vade tarihli 100.000 DM bedelli bonolardan dolayı borçlu olmadıklarının tespiti ile iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacıların borçlu olmadıkları yönündeki iddialarını yazılı delille kanıtlamaları gerektiğini bildirerek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davacı İ. K. ile davalı şirket arasında yazılı hizmet sözleşmesi bulunduğu, hizmet sözleşmesi sürerken davalı yanın iddiaları üzerine muhtemel hesap açıkları kapatılmak amacı ile davacı işçinin dava konusunu oluşturan bonoyu verdiği uyumsuzluğun hizmet sözleşmesinden kaynaklandığı gerekçesiyle davacı İ. K.'nın açtığı davaya bakmaya mahkemenin görevli olmadığı, dava dilekçesinin reddine, davacı O. T. tarafından açılan davanın mahkemenin dava dosyasından ayrılarak yeni bir esasa kaydının yapılmasına karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

TTK'nın 4. maddesi hükmüne göre tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olan hususlardan doğan davalar ticari davadır. Bono, poliçe yahut çek hamili ile keşidecisi arasında doğan uyumsuzluklarda TTK'nın 4. madde kapsamında ticari dava niteliğinde olduğundan Ticaret Mahkemesi'nde görülür (HGK 5.6.1987 E. 2902, K.459) (HGK 19.6.1987 E. 1986/13, K. 670). Öte yandan bonolar sebepten mücerret borç senetleridir. Bu durumda uyumsuzluğun Ticaret Mahkemesi'nce çözümlenmesi gerekeceği gözetilerek işin esası yönünden bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi doğru değildir.

Sonuç : Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden davalı yararına bozulmasına, peşin harcın istek halinde iadesine 28.6.2004 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

Karşı Oy Açıklaması

Dava, hizmet akdinden kaynaklanan ve teminat olarak verildiği iddia edilen bonodan dolayı borçlu bulunmadığının tespiti istemine ilişkindir.

Taraflar arasındaki ilişki hizmet sözleşmesine dayanmaktadır. Bu gibi, hizmet sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin davaların iş mahkemelerinde görülmesi 4857 ve 5521 sayılı kanunların 1. maddeleri hükümleri gereğidir.

Hal böyle olunca, yerel mahkemenin kararı isabetli olduğundan sayın çoğunluğun bozma yönünde oluşan görüşüne katılamıyoruz.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 10.06.2004

E. 2003/10268

K. 2004/7028

*İtirazın iptali

*Fatura alacağı

*Vade farkı talebi

(1086 sayılı HUMK m. 74)

Davacı vekili, müvekkilinin davalıya (3) adet fatura karşılığı mal sattığını, davalının kısmi ödeme yapıp, bakiye borcunu ödememesi üzerine girişilen takibe kısmi itiraz ettiğini, itirazın haksız olduğunu belirterek iptali ile takibin devamına ve % 40 tazminata karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin aldığı malların bir kısmını iade edip, geri kalan borcunu da ödediğini öne sürerek davanın reddi ile % 40 tazminata karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece yapılan yargılama sonucunda taraflar arasındaki ticari ilişki nedeniyle davacının davalıdan alacaklı olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile davacı yararına % 40 tazminata karar verilmiş, hüküm davalı vekiline temyiz edilmiştir.

1. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere göre davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2. İcra takibinde (3) adet mal bedeline ilişkin faturaya dayanılarak alacak talebinde bulunulmuştur. Vade farkı ile ilgili bir talep söz konusu olmadığı halde bilirkişi raporunda vade farkı alacağı da hesaplanarak görüş bildirilmiş ve mahkemece bilirkişi raporuna göre hüküm kurulmuştur. Talep dışına çıkılması HUMK'un 74. maddesine aykırıdır. Kaldı ki vade farkı istenebilmesi için taraflar arasında bu konuda bir sözleşme bulunması veya teamül halini almış fiili bir uygulamanın olması gerekir. 27.6.2003 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı'na göre faturalarda vade farkı şerhi bulunması ve faturaya süresinde itiraz edilmemiş olması fatura müdrecatının kesinleşmesi sonucunu doğurup vade farkı istenmesine olanak vermez.

Mahkemece bu yönler gözetilerek uzman bilirkişiden tarafların ticari defterleri incelenmek suretiyle Yargıtay denetimine elverişli şekilde alınacak rapor ve tüm deliller birlikte değerlendirildikten sonra uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma neticesinde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Sonuç: Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle hükmün davalı yararına bozulmasına, peşin harcın istek halinde iadesine, 10.6.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi

T. 22.06.2004

E. 2003/11272

K. 2004/7542

*Menfi tespit

*Teminat senedi

*Bono

(6792 sayılı TTK m. 599)

Davacı vekili, müvekkilinin davalı B. C.'den 26.5.1998 tarihinde protokol imzalayarak taşınmaz aldığını, protokole göre müvekkilinin taşınmazda yapacağı binadan bir dükkanı davalıya vermeyi taahhüt ettiğini, ancak sit alanı içinde kaldığından inşaata başlayamadığını, yükümlülüğüne karşılık davalı B. C.'ye ödeme tarihi boş olan senet tanzim ederek verdiğini, davalının teminat senedini diğer davalı M. P. A.'ya ciro etmesi ile bu davalının icra takibine başladığını ileri sürerek, senetten dolayı borçlu olmadığını tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı M. P. A. vekili, keşideci ile lehdar arasındaki ilişkinin müvekkilini bağlamayacağını iddia ederek, davanın reddi gerektiğini savunmuş, diğer davalı davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, senedin teminat senedi olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne, senetten dolayı davacının borçlu olmadığını tespitine karar verilmiş, hüküm davalı M. P. A. vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davalı hamil M. P. A.'nın dava konusu bononun teminat senedi olduğunu bilerek aldığı gerekçesiyle hüküm kurulmuş ise de, bu kabul şekline hangi delillere dayanılarak varıldığı kararda açıklanmamıştır. TTK'nın 599. maddesine göre, bonodan dolayı kendisine başvuru kimse keşideci veya cirantalardan biriyle kendi arasında doğrudan doğruya mevcut olan münasebetlere dayanan def ileri müracaatta bulunan hamile karşı ileri süremez. Bunun istisnası hamilin bonoyu iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket etmiş olması halidir.

Bu durumda davalı M. P. A.'nın kötünietli hamil olduğunu kanıtlamaya yarar delillerin neler olduğu belirlenip tartışılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden davalı M. P. A. yararına bozulmasına, peşin harcın istek halinde iadesine, 22.6.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Düzeltilme: Dergimizin 54. sayısının 355. sayfasındaki başlık “Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı” olması gerekirken “Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararları” olarak yazılmıştır. Yine aynı sayfada “Yargıtay Ceza Genel Kurulu” yerine “Yargıtay 4. Ceza Dairesi” yazılmıştır. Yanlışlıktan dolayı özür diler, düzeltiriz.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 16.07.2004
E. 2004/143
K. 2004/236

*Müessir fiil
*Görevli memura hakaret
*Kavgada silah çekmek
*Disiplin kovuşturmasının, ceza davasının sonuna kadar bekletilmesi
(TBB Meslek Kuralları m. 4; Av. K. m. 34, 58, 59, 134, 135, 140/2, 158)

Şikayetli hakkında bulunduğu iş merkezinde kendisi ve ailesi ile işyeri sakinleri arasında çıkan sorunlar nedeniyle çeşitli zamanlarda karşılıklı olarak hakaret ve darp olaylarına karıştığı, olayların karakola intikal etmesi üzerine Avukatlık unvanını kullanarak karakol yetkililerine manevi baskı ve hakarete bulunduğu ve bu nedenle TBB Meslek Kuralları'nın 4. maddesine aykırı davranışta bulunduğu iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu eylemi sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Küçükçekmece Şehit Ahmet Zehir Polis Karakolu Başkomiseri Sedat Ören tarafından disiplin kovuşturması açılması talebiyle şikayet konusu tahkikat evrakı da ekte sunulmuş bulunmaktadır. İncelenen dosya kapsamından, Şikayetli avukat hakkında Küçükçekmece Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2002/25644 Hazırlık, 2002/4436 Esas ve 2002/4308 nolu 05.11.2002 tarihli ve 2002/24293 Hazırlık, 2003/1066 Esas, 2003/1059 İddia nolu iddianamelerle "müessir fiil, görevli memura hakaret ve kavgada silah çekmek" suçlarından kamu davası açıldığı görülmektedir.

Avukatlık Yasası'nın 140/2 maddesinde, "disiplin işlem ve kararına konu teşkil edecek bir eylemde bulunmuş olan avukat hakkında aynı eylemlerden dolayı ceza mahkemesinde dava açılmış ise, avukat hakkındaki disiplin kovuşturması, ceza davasının sonuna kadar bekletilir" hükmü mevcuttur.

Avukatlar hakkında Avukatlık Yasası'nın 58 ve 59. maddelerindeki prosedüre uygun olarak görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçtan dolayı Adalet Bakanlığı'nın izni ile ceza davası açılabilirdiği gibi, görevle ilgili olmayan eylemlerinden dolayı genel hükümler çerçevesinde ceza davası açılması da olağandır. İki halde de, ceza mahkemesinde açılan kamu davası sonucunun beklenmesi zorunludur. Çünkü hükümlülükle sonuçlanan eylem ve eylem için tertip olunacak ceza, Avukatlık Yasası'nın 34, 134, 135, 158. maddelerinde belirtilen ilkeler çerçevesinde disiplin cezasının tayininde de etkili olacaktır.

Bu nedenle, şikayetli hakkında ceza mahkemelerinde açılan kamu davalarının sonucu beklenmeden disiplin cezası tayini isabetli bulunmamış; kararın bozulması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının kabulüne, disiplin kovuşturmasına konu oluşturan eyleminden dolayı ceza mahkemesinde dava açılmış olduğundan Avukatlık Yasası'nın 140/2, maddesinin emredici hükmüne göre davanın kesin sonucunun beklenmesi ve ceza davası sonucunun da dosyadaki diğer kanıtlarla birlikte değerlendirilerek bir karar verilmesi için, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "*Bir milyar lira para cezası ile cezalandırılmasına*" ilişkin kararının bozulmasına, katılanların oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 16.07.2004
E. 2004/144
K. 2004/237

***Hakaret, sövme, tehdit, iftira**
***Meslektaş hakkında küçük**
düşürücü sözler
(TBB Meslek Kuralları m. 5, 6, 27/1;
Av. K m. 135, 136/1, 136/2, 158)

Şikayetli avukat hakkında, İstanbul 8. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açtığı davanın dilekçesinde, şikayetçi avukatlara yönelik hakaret, sövme, tehdit ve iftiralarda bulunduğu iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca uyarma cezası tayin edilmiştir.

Şikayetlinin, mahkemeye sunduğu 20.05.2002 ve 09.10.2002 tarihli dilekçelerinde; şikayetçi meslektaşları hakkında; "*Aç gözlülüğünde bu boyutuna pes doğrusu*", "*Davacının dükkânında terör estirdiler*", "*Haraç, olarak alınan paranın istirdaden geri verilmesini istiyoruz*", "*Hakkın suistimaline alışmış*", "*Davayı bırakıp, suçluların telaşı içinde bize saldırmaya çalışması, bu amaçla da haddini çok aşarak, hakaretlere yeltenmesi cezasız kalmayacaktır*", "*Avukat olduğunu söyleyen A. İ. adındaki birisi*", "*Cevabın 7. maddesi tamamen yalan ve düzmedir*", "*Bunlar kuyruklu yalan*", "*Davalı vekilinin bürosundan çıkarken, şiddete karşı bir insan olduğum halde,*

oranın bombalanmasının insanlığın hayrına olacağını düşündüm" gibi sözlere yer verildiği görülmüştür.

Şikayetli avukatın dava ve cevap dilekçesinde kullandığı bu kelimeler, savunmanın hukuki yönü ile ilgili olmadığı gibi , *"objektiflik"* ilkesine ters düştüğü ve meslektaşlarını küçük düşürücü nitelikte olduğu açıktır.

Avukat, yazarken ve konuşurken düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalı, hukukla ve yasalarla ilgisiz açıklamalardan kaçınmalı ve taraflar arasındaki anlaşmazlığın doğurduğu düşmanlıkların dışında kalmalıdır. (TBB Meslek Kuralları, madde 5 ve 6).

Hiçbir avukat, herhangi bir meslektaşı, özellikle hasım vekili meslektaşı hakkında küçük düşürücü nitelikteki kişisel görüşlerini ve düşüncelerini açıkça belirtemez (TBB Meslek Kuralları, madde 27/1).

Şikayetli avukatın dilekçelerinde kullandığı sözlerin bu ilkelerle bağdaşmadığı ve disiplin suçu oluşturduğu açıktır.

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, Avukatlık Yasası'nın 136/1 maddesi gereğince yasanın avukatların hak ve ödevleri ile ilgili 6. kısmında yazılı esaslara uymayanlara ilk defasında *"kınama"* cezası verilmesi gerektiğini ileri sürerek Baro Disiplin Kurulu kararına itirazda bulunmuştur. Her ne kadar Avukatlık Yasası'nın 136. maddesinde, *"bu yasanın avukatların hak ve ödevleri ile ilgili altıncı kısmında yazılı esaslara uymayanlar hakkında ilk defasında en az kınama cezasının uygulanacağı"* hüküm altına alınmış ise de, yasa koyucu Disiplin Cezaları başlıklı 135. maddede *"uyarma"*yı, uygulanacak bir disiplin cezası olarak kabul etmiştir. Bu sebeplerle, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın yukarıda, bildirilen itiraz gerekçesine katılmamakla beraber, şikayetli avukatın disiplin sicilinde bulunan 24.02.2001 tarihinde kesinleşmiş uyarma cezası nazara alınarak Avukatlık Yasası'nın 136/2 maddesi uygulanması suretiyle, eylemin niteliği ile tayin edilen ceza arasında 158. maddenin öngördüğü ilkelere uygun ve adil dengenin sağlanması amacıyla *"uyarma"* cezasının *"kınama"* cezasına, çevrilmesi gerekmiştir.

Sonuç olarak, İstanbul Cumhuriyet Başsavcısı'nın itirazının kabulü ve şikayetli avukatın itirazının reddiyle, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun *"uyarma"* cezası verilmesine ilişkin kararının *"kınama"* cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına, şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına, katılanların oybirliği ile karar verildi

* * *

T. 16.07.2004
E. 2004/148
K. 2004/241

*Savunma sınırlarını aşma
*Mesleki etik kurallara aykırı davranma
*Avukatın mesleki çalışmasında hukukla ve yasalarla ilgisiz açıklamada bulunması
*Meslektaş hakkında küçük düşürücü sözler
*Nezaket ve hak bilirlilik kuralları
(TBB Meslek Kuralları m. 5/27/1)

Şikayetli avukat hakkında Konya 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2000/765 Esas sayılı dosyasına verdiği temyiz dilekçesinde "*Kendi düşünce ve ilkeleri çerçevesinde vekil bularak davayı takip ettirmiştir.*" "*Yalancı tanıklarla müvekkileyi kusurlu göstermeye çalışmıştır*" şeklinde beyanlarda bulunduğu, bu suretle savunma sınırlarını aştığı mesleki etik kurallara aykırı davranıldığı iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukatın Konya 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'ndeki ilgili dosyaya verdiği temyiz dilekçesinde, "*davalının homoseksüel olması, daha önceki evliliğin aynı nedenlerle son bulması*" şeklinde beyanda bulduktan sonra, dilekçenin devam eden kısmında "*kendi düşünce ve ilkeleri çerçevesinde vekil bularak davayı takip ettirmişlerdir.*" "*Yalancı tanıklarla müvekkileyi kusurlu göstermeye çalışmıştır*" gibi ifadelerle yer verdiği anlaşılmıştır.

Avukat, yazarken de, konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır. Mesleki çalışmasında avukat, hukukla ve yasalarla ilgisiz açıklamalardan kaçınmalıdır.

Avukat iddia ve savunmanın hukuki yönü ile ilgilidir. Taraflar arasındaki anlaşmazlığın doğurduğu düşmanlıkların dışında kalmalıdır.

Hiçbir avukat herhangi bir meslektaş, özellikle hasım vekili meslektaş hakkında küçük düşürücü nitelikteki görüşlerini ve düşüncelerini belirtemez.

Şikayetli avukatın hasım tarafın vekili hakkında ima yollu ve sataşma niteliğini taşıyan beyanlarda bulunması nezaket ve hak bilirlilik kurallarına aykırıdır, isnat ve savunmaların onur kırıcı ve küçültücü olmamasına dikkat edilmelidir.

Şikayetli avukatların disiplin kovuşturmasının son aşamasında, şikayet ve iddialardan vazgeçmeleri yasanın ve meslek kurallarının uygulanmasına engel değildir.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle Konya Barosu Disiplin Kurulu'nun "Kınama Cezası" verilmesine ilişkin kararının onanmasına, katılanların oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 16.07.2004
E. 2004/150
K. 2004/243

***Avukatın muvazaalı yoldan senetleri yanında çalıştırdığı kişiye ciro ettirmesi, garanti senedi vermesi**
***Avukatın kendine iş ve çıkar sağlama niteliğindeki davranışı**
***Mesleğe güven**
(TBB Meslek Kuralları m.3)

Şikayetli hakkında müşterilerinden gelen senetleri tahsile koyacağı sırada yanında çalıştırdığı bir kişiye ciro ettirdiği ve alacaklı olarak bu senetleri icraya koyduğu, icradan tahsil ettiği paraları asıl müşterilerine verdiği ve icra inkar tazminatı gibi karşı tarafa bir meblağ ödemek zorunda kalırsa bunu karşılamak ve tarafından garanti edilmek için bono tanzim ettiği iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu eylemi sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunma sunmamıştır. Ancak, İcra Tetkik Mercii Hakimliği'nin 06.06.2001 günlü duruşma zabtında yer alan, "... müşterilerimden gelen senetleri tahsile koyacağım sırada davalıya senedi ciro ettiriyordum. Davalı da alacaklı olarak bu senetle icraya koyuyordu, parayı icradan tahsil edince müşterilere veriyordum, takibi davalı yapıyordu davalı alacaklı oluyordu ben de takibi yapıyordum" ve "takiplerde davalı bir zarara uğrarsa şöyle ki icra inkar tazminatı gibi karşı taraf bir meblağ ödemek zorunda kalırsa bunu karşılamak yani tarafımdan garanti edilmek için bu bonoyu vadesiz olarak verdim" sözlerinden eylemini ikrar ve kabul ettiği tartışmasızdır.

Kamunun avukatlık mesleğine duyduğu güven, avukatların kendilerine gelen her tür hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını gerektirir.

Hukuk kurallarının tam olarak uygulanması müvekkilin olduğu kadar, üçüncü şahısların da haklarını, hak ve menfaatlerini doğrudan ilgilendirir. Şikayetli muvazaalı yoldan senetleri yanında çalıştırdığı kişiye ciro ettirmekle üçüncü şahısların aralarındaki hukuksal ilişkiden doğan itiraz ve def'ilerden

kurtulmak ve garanti senedi dahi vermek suretiyle icra inkar tazminatını engellemek istediği gibi, kendine iş ve haksız çıkar sağlama niteliğindeki bir davranıştan da kaçınma gereksinimi duymamıştır.

Bu nedenlerle Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının reddine, kınama cezası verilmesine ilişkin Balıkesir Barosu Disiplin Kurulu kararının onanmasına, katılanların oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 16.07.2004
E. 2004/153
K. 2004/245

***Avukatın icra kefilisi olduğu icra dosyası ile ilgili takibinin iptali için dava açması**
***Kamu inancını ve mesleğe güveni zedeleyici davranış**
***Disiplin kovuşturmasının zamanaşımına uğraması**
(Av. K. m. 159, 159/2)

Şikayetli avukat hakkında "icra dosyası borcuna icra kefilisi olduktan sonra borcu ödememesi ve daha sonra da borcun zamanaşımına uğradığı iddiası ile icra takibinin iptali için dava açmasından ibaret eyleminin kamu inancını ve mesleğe güveni zedeleyici bir davranış olduğundan bahisle" başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca kınama cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukatın, Ankara 1. İcra Müdürlüğü'nün 1999/4239 Talimat sayılı dosyasına icra kefilisi olduğu tarih 16.06.1999'dur. Şikayetli avukat hakkında şikayetçiler tarafından 30.09.2002 tarihinde Baro'ya şikayette bulunulmuş ve Baro Yönetim Kurulu'nca 28.05.2003 tarihinde disiplin kovuşturması açılmıştır.

Şikayetli avukatın her ne kadar gerek Baro Yönetim Kurulu gerek Baro Disiplin Kurulu tarafından icra kefilisi olduğu icra dosyası ile ilgili takibinin iptali için dava açmış olması disiplin suçu olarak nitelenmiş ise de, şikayetçi avukatların icra dosyasında yasal süresi içinde herhangi bir icrai muamelede bulunmamaları ve takibin zamanaşımına uğraması sonucunda, şikayetlinin zamanaşımı sebebiyle takibin iptalini istemesi yasal bir hakkın kullanılmasından ibaret olmakla bu eylem disiplin suçunu oluşturmamaktadır.

Şikayetlinin 3. şahıs aleyhinde başlatılan icra takibinde, haciz muamelesi sırasında dosya borcuna icra kefilisi olması ve sonra da borcu ödememesinin disiplin suçunu oluşturduğuna dair Baro Disiplin Kurulu'nun takdirinde isabetsizlik olmamasına rağmen, şikayetlinin icra kefilisi olduğu tarihten itibaren

üç yıl geçtikten sonra hakkında disiplin kovuşturması başlatılması Avukatlık Yasası'nın 159/1 maddesine aykırıdır.

Avukatlık Yasası'nın 159/1 maddesinde ki *"disiplin cezasını gerektirecek eylemlerin işlenmesinden itibaren üç yıl geçmiş ise kovuşturma yapılamaz"* hükmü uyarınca, şikayetlinin icra kefilisi olduğu tarihten itibaren disiplin kovuşturmasının başlatılmasına kadar üç yıl geçmiş olduğundan, şikayetli hakkında disiplin kovuşturmasının yapılmaması yasa gereğidir. Kaldı ki Avukatlık Yasası'nın 159/2 maddesi uyarınca da *"disiplin cezasını gerektiren eylemlerin işlenmesinden itibaren dört buçuk yıl geçmiş ise disiplin cezası da verilemeyeceği"* hükmü göz önüne alındığında, disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına karar verilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, itirazın kabulü ile, disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına, katılanların oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 16.07.2004
E. 2004/180
K. 2004/250

***Avukatın Baro Başkanı'na ve
Yönetim Kurulu'na hakaret etmesi**
(Av. K. m. 158)

Şikayetli avukat hakkında, Baro Başkanı'na ve Yönetim Kurulu'na sözlü olarak hakaret ettiği gerekçesiyle açılan disiplin kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'nca *"uyarma"* cezası tayin edilmiştir.

Şikayetlinin kovuşturmaya neden oluşturan sözleri 17.12.2003 tarihli bir tutanakla tespit edilmiş bulunmaktadır.

Şikayetli, savunmasında iddiaların kısmen doğru olduğunu kabul etmiş ve olay tanıkları da savunma gibi tutanakta belirtilen hakaretlerin kısmen doğru olduğunu bildirmişlerdir.

Şikayetlinin belge isteğinin, hatalı bir Baro Yönetim Kurulu kararı ile yerine getirilmemiş olmasının yasal yol ve müeyyidesi bulunduğu halde, sınırlı vaziyette ve bağırarak, bir avukatın yapmaması gereken tavırla, Baro yönetimine ve Başkanı'na hakaret edilmesini haklı kılacak bir durum söz konusu değildir.

Eylem, Avukatlık Yasası ve TBB Meslek Kuralları'nı ihlal eder niteliktedir.

Disiplin Kurulu'nun *"uyarma"* cezası tayin ederken gösterdiği *"şikayetlinin tahrik edildiği"* gerekçesi bu olayda cezanın daha hafif tutulması için haklı ve yasal bir gerekçe olmamalıdır.

Bu nedenle Baro Disiplin Kurulu'nun eylemi *"disiplin suçu"* olarak değerlendirilmesi doğru olmakla birlikte, davranışın ağırlığı ile tayin edilen ceza arasında adalete uygun bir dengenin sağlanamadığı anlaşılmış ve Avukatlık

Yasası'nın 158. maddesinde yer alan ilkeler de gözetilerek cezanın ağırlaştırılması ve kınama cezası verilmesi uygun görülmüştür.

Sonuç olarak, itirazın kabulü ile, Mersin Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının kınama cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına ve şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına, katılanların oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 10.09.2004
E. 2004/167
K. 2004/260

***Hukuka aykırı gerekçelerle,
meslektaşın görev yapmasını
engelleyen eylemde bulunmak
*Para tahsili yetkisini içeren genel
vekaletnameye rağmen özel
vekaletname istenmesi
(4667 sayılı yasa ile değişik Av. K. m. 2)**

Şikayetli avukatın hukuk müşavirliği görevini yürüttüğü sigorta şirketine tahakkuk eden bir hasar tazminatının ödenmesi amacıyla şikayetçi meslektaş tarafından ibraz edilen ve "ahzu kabz" yetkisini içeren genel vekaletnameyi kabul etmeyerek bu işe hasredilmiş bir özel vekaletname istemesi üzerine açılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetçi tarafından ibraz edilen ve bir örneği dosyada bulunan vekaletname para tahsili yetkisini içerdiği gibi, avukatın "ibra" ya da yetkili olduğunu belirttiğinden bir sigorta şirketinde tahakkuk eden hasar tazminatının tahsili için yeterli hukuki niteliği taşımaktadır. Bu nedenle, vekaletnamenin kabul edilmemesinin hiçbir hukuksal gerekçesi bulunmadığı ve böyle bir davranışın şikayetçi avukatın mesleki görevini yerine getirmesinde haklı görülmesi mümkün olmayan bir engel oluşturduğu açıktır.

Kaldı ki, Avukatlık Yasası'nın 4667 sayılı Yasa ile değiştirilen 2. maddesinde aralarında sigorta şirketlerinin de bulunduğu kurum ve kuruluşların avukatların görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorunluluğu yer almıştır.

Bu nedenlerle, hukuka aykırı gerekçelerle şikayetçi meslektaşının görev yapmasını engelleyen şikayetlinin eylemi disiplin suçu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirme isabetli bulunmuş ve aleyhe itiraz olmadığından kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç itibariyle, itirazın reddiyle, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

T. 10.09.2004
E. 2004/170
K. 2004/263

*Aynı işte menfaati zıt tarafları temsil
*Mesleğe güven
(TBB Meslek Kuralları m. 3, 4, 36, 37;
Av. K. m. 38/b)

Şikayetli avukat hakkında şikayetçi tarafından vekil tayin edilen şikayetlinin neden göstermeden vekaletten istifa ettiği, kesinleşen ilamı teslim etmediği, ödenen 200 milyon TL vekalet ücreti için belge vermediği, boşanma davasını yürütürken yaptığı işlemleri, vekaletten istifa ettikten sonra, bir başka davada kendisine karşı kullandığı iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonunda, Disiplin Kurulu'nca uyarma cezası verilmiştir.

Şikayetli avukatın, şikayetçiden aldığı vekaletnameye istinaden Kartal 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2001/444 Esas ve 2001/512 Karar sayılı dosyasında şikayetçinin vekili olarak boşanma davası açtığı, davanın kabulü sebebiyle 19.06.2002 tarihinde karara bağlandığı, şikayetçi vekilinin bu defa, şikayetçi tarafından açılan tapu iptal ve tescil davasında, davalılar A. B. ve İ. B.'nin vekaletnamelerini aldığı, davaya girdiği, cevap verdiği ve şikayetçinin vekili sıfatıyla takip ettiği boşanma davasını, bu davada delil olarak gösterdiği ve boşanma dava dosyasının, bu dosya içine celp edildiği anlaşılmıştır.

Şikayetlinin eylemi Avukatlık Yasası'nın 38/b maddesi ile TBB Meslek Kuralları'nın 3, 4, 36 ve 37. maddelerine aykırı bulunduğundan "disiplin suçu" oluşturmaktadır.

Bu nedenle, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak; itirazın reddiyle, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma" cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 10.09.2004
E. 2004/173
K. 2004/266

*Dava ve icra işlerinin takibinde
ihmal ve kusur
*Özen yükümlülüğü
(Av. K. m. 34)

Şikayetli avukatın üstlendiği dava ve icra işlerinin takibinde ihmal ve kusuru bulunduğu iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulu'nca disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Dosya içerisinde bulunan bilgi ve belgelerden, şikayetlinin, şikayetçilerin alacaklısı olduğu İstanbul 3. İcra Müdürlüğü'nün 1999/12400 sayılı dosyasın-

daki icra işlerini takip ettiği, söz konusu bu icra işlerinin takibinde herhangi bir ihmal ve kusurun bulunmadığı, ancak şikayetçi N. Ö. adına takip ettiği Edremit Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2001/463 Esas sayılı dosyası ile görülmekte olan men'i müdahale davasının 03.10.2001 tarihli duruşmasına girmedeği ve bu davanın düşmesine sebep olduğu anlaşılmıştır.

Şikayetli avukat savunmasında şikayetçilere ait icra işlerini gereği gibi takip ettiğini, ancak şikayetçi N. Ö. adına takip ettiği Edremit Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülmekte olan men'i müdahale davasının 03.11.2001 tarihli duruşmasına masraf ve ücret verilmediğinden dolayı gidemediğini, masraf ve ücret verilmediği takdirde de duruşmaya girmeyeceğini davacıya bildirdiğini, bu nedenle bu davanın düşmesinde de herhangi bir ihmal ve kusurun bulunmadığını belirtmiştir.

Şikayetli kendisine ücret ve masraf verilmediğinden şikayetçi N. Ö'nün davasına girmedeğini savunmakta ise de bu husus üstlenilen görevin ihmali haklı gösteren bir olgu değildir. Avukat böyle bir durumda iş sahibini yazı ile uyarmalı, masraf ve ücret ödememesinin sonuçlarını açıkça bildirmelidir.

Bu durumda şikayetlinin, şikayetçilere ait icra işlerinin takibinde ihmal ve kusurunun bulunmadığı anlaşılacakla birlikte, şikayetçilerden N. Ö.'ye ait davanın takibinde Avukatlık Yasası'nın 34. maddesinde öngörülen "özen" yükümlülüğü yerine getirilmediğinden, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabet görülmemiş kararın kaldırılması ve disiplin cezası tayini gerekmektedir.

Sonuç olarak şikayetçilerin itirazlarının reddi ile, şikayetçinin itirazının kabulüne, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının kaldırılmasına ve yeniden incelemeyi gerektiren bir husus bulunmadığından şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 10.09.2004
E. 2004/174
K. 2004/267

***Müvekkilin ölümü ile vekaletin
sonra ermesi**

Şikayetli hakkında Mersin İş Mahkemesi'nin 2001/1026 esas sayılı dosyasında müvekkili Y. B.'nin ölümünü bilmesine, veraset belgesi çıkartmasına ve murislerden vekaletname almasına karşın durumu mahkemeye bildirmeyeği gibi, usulü işlemlere devamlı müteveffa muris adına bilirkişi raporuna itirazda bulunduğu nedeniyle açılan disiplin kovuşturması sonucu disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli kayınpederi de olan müvekkilinin 16.08.2002 tarihinde vefat ettiğini, murise ait Mersin mahkemelerindeki bir çok dosyaya veraset belgesi ve vekaletname ibraz ettiğini, Mersin İş Mahkemesi'nin 2001/1026 Esas sayılı dosyasının gerek mazeret bildirdiği ve gerekse bizzat katıldığı duruşmalarında dosyanın bilirkişide olduğunu ve usule ilişkin ve sonuca etkili bir işlem olmaması nedeniyle ibraza gerek duymadığını bildirmiş suçsuz olduğunu savunmuştur.

Dosyada mevcut Mersin 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2002/1163 Esas sayılı veraset belgesinden müvekkil muris Y. B.'nin 16.08.2002 tarihinde vefat ettiği ve 26.08.2002 tarihinde verasetin sübutuna karar verildiği ve veraset belgesinde şikayetlinin vekil olduğu görülmüştür. Şikayetli 26.08.2002 tarihinde veraset belgesi almasına karşın, 08.10.2002 tarihli duruşmaya mazeret bildirmiş, 26.11.2002 ve 25.12.2002 tarihli duruşmalara bizzat katılmış, 17.01.2003 günü kendisine tebliğ edilen bilirkişi raporuna itirazda bulunmuş ve 19.03.2003 tarihli duruşmada şikayetçi tarafından temin edilen veraset belgesinin sunulması ve mahkemece verilen mehil gereği vekaletname ibraz etmiştir.

Müvekkilin ölümü halinde avukat artık müvekkil adına yeni bir dava açamayacağı gibi, hali hazırda yürüyen davaya da giremez. Ancak bazı hallerde vekaletin sona ermesi mirasçıların haklarını tehlikeye sokabilir. Bu durumda avukat mirasçıların işlerini görebilecek duruma gelinceye kadar vekalet görevine devam edebilir. Yasanın avukata yüklediği görevler sadece gecikmesinde sakınca bulunan hallerle sınırlıdır. Örneğin müvekkilin ölümü ile vekalet sona ermesine rağmen –telafisi imkansız olmasından dolayı- aleyhe olan kararı temyiz etmek avukatın görevidir. Ölüm olayının mahkemeye bildirilmesi basit bir usuli işlem olmayıp, tarafların ilerdeki hak ve menfaatlerini yargılamanın sıhhatini ilgilendiren esas bir işlemdir. Bu nedenlerle Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının reddine, aleyhe itiraz olmadığından "uyarma" cezası verilmesine ilişkin Mersin Barosu Disiplin Kurulu kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 10.09.2004
E. 2004/178
K. 2004/270

***Avukatın başka bir avukata karşı
takip edeceği davayı barosuna
bildirim zorunluluğu
(TBB Meslek Kuralları m.27/2)**

Şikayetli avukat hakkında "şikayetçinin müşteki olduğu kamu davasına sanık vekili olarak duruşmaya katılması ve barosuna bilgi vermemesi" nedeni ile başlatı-

lan disiplin kovuşturması sonucunda; Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat, Baro'ya verdiği 30.01.2003 ve 03.02.2003 tarihli dilekçeleri ile bilgi verdiğini savunmuştur.

Şikayetlinin 30.01.2003 tarihli dilekçesi, kamu davasının yargılaması sırasında müşteki vekilinin kendisine sataştığı yönünde olup, TBB Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesinde düzenlenmiş olan bilgi verme niteliğinde değildir. Şikayetlinin Baro Başkanlığı'na verdiği 03.02.2003 tarihli dilekçesi ise, bilgi verme mahiyetinde olmakla birlikte, kamu davasının duruşmasına girildikten ve şikayetçi avukatın şikayette bulunmasından sonra verilmiştir.

TBB Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesi "*Bir avukat, bir başka avukata karşı asil ya da vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna yazı ile bildirir*" şeklindedir. Yani bir avukat, bir başka avukata karşı asil veya vekil sıfatıyla takip edeceği işi üstlenmeden önce, en geç üstlendiği anda barosuna bildirim yapmalıdır.

Şikayete konu olayda, şikayetli avukat, şikayetçi avukatın müşteki olduğu kamu davasının 30.01.2003 tarihli duruşmasına katılmış, aynı gün şikayetçinin, Baro Başkanlığı'na şikayet dilekçesi vermesinden sonra 03.02.2003 tarihinde barosuna bilgi vermiştir. Bu nedenle şikayetlinin TBB Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesine uygun bildirimde bulunduğu kabul edilemeyeceğinden Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan değerlendirmede hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, itirazın reddiyle, Manisa Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 10.09.2004

E. 2004/179

K. 2004/271

***Borçludan fazla para tahsil etmek**

(Av. K. m. 136/2, 168)

Şikayetli avukat hakkında, "*Şikayetçi aleyhinde başlattığı icra takip dosyalarındaki borca karşılık fazla para tahsil ettiği*" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek para cezası tayin ve takdir edilmiştir.

Şikayetli savunmalarında; Baro Yönetim Kurulu'nca hazırlanmış tavsiye niteliğindeki asgari ücret tarifesine göre borçludan vekalet ücreti tahsil ettiğini savunmuştur.

Baro Yönetim Kurulları'nın hazırlanmış olup, üyelerine duyurdukları ve kendi bölgelerinde alınması gereken en düşük ücretin gösterildiği tarifeler,

resmi niteliği olmayan, vekil-müvekkil ilişkisinde uygulanması öngörülen ve avukatlar arasında serbest rekabeti de önlemeyi amaç edinilerek hazırlanmış tavsiye niteliğindeki tarifelerdir.

Uygulanması zorunlu ve resmi nitelikteki Avukatlık Asgari Ücret Tarifeleri Avukatlık Yasası'nın 168. maddesinin öngördüğü koşullarda Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanıp, Adalet Bakanlığı'na onaylanarak, *Resmî Gazete*'de yayınlanan tarifelerdir.

Somut olayımızda, şikayetli avukatın, Baro Yönetim Kurulu'nun vekil-müvekkil arasındaki ücretler hakkında tavsiye niteliğinde olmak üzere yayınlamış olduğu tarifeyi, şikayetçi-borçlu hakkında başlattığı icra takiplerinde de uygulayarak, şikayetçi borçludan fazla para tahsil etmekten ibaret eylemi disiplin suçunu oluşturmaktadır. Bu nedenle Baro Disiplin Kurulu'nun, kovuşturma konusu eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesi doğru bulunmuştur.

Ancak, Baro Disiplin Kurulu, şikayetli avukatın disiplin sicilinde kınama cezası olması sebebiyle Avukatlık Yasası'nın 136/2 maddesi uyarınca para cezası tayin etmiştir.

Kovuşturma konusu eylem tarihi, borçlu-şikayetçiden para tahsil edildiğini gösterir serbest meslek makbuzunun tarihi olan 24.11.2000'dir. Dosyadaki şikayetli avukatın disiplin sicilindeki kınama cezasının kesinleşme tarihinin 22.09.2001 günü olduğu Baro Başkanlığı tarafından bildirilmiştir. Kınama cezasının kesinleşme tarihi, bu dosyadaki eylem tarihinden sonra olduğundan, tekerrüre esas teşkil edemez. Bu sebeple, olayımızda disiplin cezası tayin edilirken Avukatlık Yasası'nın 136/2 maddesinin uygulanması mümkün olmadığından, şikayetli avukat hakkında tayin olunan "para cezası"nın, "kınama" cezasına çevrilmesi uygun görülmüştür.

Sonuç olarak, itirazın kabulü ile, Hatay Barosu Disiplin Kurulu'nun 89.662.950. TL "para cezası verilmesine" ilişkin kararının "kınama" cezasına çevrilmek suretiyle düzeltilerek onanmasına, şikayetli avukatın "kınama cezası ile cezalandırılmasına" oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 10.09.2004
E. 2004/182
K. 2004/273

*** Aynı işte menfaati zıt tarafları temsil**
*** Görevi kötüye kullanma**
(TBB Meslek Kuralları m. 36;
Av. K. m. 38/b, 136, 140/3)

Şikayetli avukat hakkında Avukatlık Yasası'nın 38/b ve TBB Meslek Kuralları'nın 36. maddesine aykırı davrandığı görüşü ile açılan disiplin ko-

vuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'nca "Disiplin cezası tayinine yer olmadığına" karar verilmiştir.

Şikayetli avukat aleyhine görevi kötüye kullanmak suçundan açılan kamu davasında beraat kararı verilip kesinleşmiş olsa da; şikayetlinin Gökçeşey Kadastro Mahkemesi'nin 1999/1 Esas sayılı davasında önce davacı M. Ü. vekili sıfatıyla, sonra aynı davada davalılar K. S. ve M. B.'nin vekili olarak yargılamaya katıldığı anlaşılmıştır.

Kamu davasındaki beraat kararına rağmen şikayetlinin eylemi Avukatlık Yasası'nın 38/b maddesi ile Meslek Kuralları'nın 36. maddesine aykırı olup, şikayetlinin bir anlaşmazlıkta taraflardan birine vekaleten hukuki yardımda bulunduğundan sonra diğer tarafın da vekaletini alarak hukuki yardımda bulunması disiplin suçu oluşturmaktadır. Avukatlık Yasası'nın 140/3. maddesi hükmüne göre eylem ceza kanunu hükümlerinden ayrı olarak başlı başına disiplin kovuşturmasını gerektirir mahiyette bulunduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca sadece beraat kararı esas alınarak yapılan değerlendirmede hukuksal isabet görülmemiş ve kararın kaldırılması ile ceza tayini gerekmiştir.

Şikayetlinin sicilinde mevcut kınama ve para cezalarının kesinleşme tarihleri, kovuşturma konusu eylem tarihinden sonra olduğu için Avukatlık Yasası'nın 136. maddesi hükmüne göre tekerrüre esas alınmamıştır.

Sonuç olarak, itirazların kabulü ile, Zonguldak Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının kaldırılmasına ve yeniden incelemeyi gerektiren bir halin bulunmaması nedeniyle şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 10.09.2004
E. 2004/183
K. 2004/274

***Baro organlarına yönelik hakaret ve itham**
***Mesleğe güven**
***Eylemle karar arasında hakkaniyet**
(TBB Meslek Kuralları m.3, 4, 5;
Av. K. m. 5, 34, 135/4, 135/5, 153, 158)

Şikayetli avukatın TBB Başkanlığı'na gönderilmek üzere Diyarbakır Barosu Başkanlığı'na hitaben yazdığı 08.05.2003 tarihli dilekçesinde yer verdiği sözlerin seçilmiş baro organlarına yönelik hakaret ve itham edici nitelikte olması, suç teşkil etmesi ve meslek kurallarına aykırı görülmesi nedeniyle re'sen açılan disiplin kovuşturması sonunda, Baro Disiplin Kurulu'nca "üç ay süreyle meslekten çıkarma" cezası tayin edilmiştir.

(Avukatlık Yasası'nın 135/5.maddesi hükmüne göre "Meslekten Çıkarma" avukatlık ruhsatnamesinin geri alınarak avukatın adının baro levhasından si-

linmesi ve avukatlık unvanının kaldırılmasıdır. Bu nedenle, mesleki faaliyetin üç ay süre ile yasaklanmasını amaçlayan Disiplin Kurulu Kararı, meslekten çıkarma cezası niteliğinde olmayıp, Yasa'nın 135/4. maddesi uyarınca "işten çıkarma" cezası olarak kabul edilmiştir)

Şikayetli avukat, disiplin kovuşturmasına konu oluşturan dilekçesinde, Baro Disiplin Kurulu üyeleri hakkında sarfettiği sözlerle Avukatlık Yasası'nın 34 ve TBB Meslek Kuralları'nın 3, 4 ve 5. maddelerine göre, mesleğin kutsallığını zedeleyecek, mesleğe güveni sarsacak, söz ve yazılarında objektifliği bozacak tutum ve davranışlardan kaçınmak zorunluluğunu ihlal etmiştir.

Ancak, hakkında kamu davası açılmış ve yapılan yargılama sonunda kesinleşmiş beraat kararı olan bir avukata tedbir mahiyetinde işten yasaklama kararı verilmesinde eylemle karar arasında hakkaniyet duygularını zedeleyecek bir oransızlığın mevcut olduğu da gözden uzak tutulmaması gereken bir gerçektir. Şikayetli hakkında iddia olunan suç görevi kötüye kullanmaktır. Avukatlık Yasası'nın 153. maddesinde öngörülen suçlar ise Yasa'nın 5. maddesinde öngörülen nitelikteki suçlardır.

Sicil kaydı celbedilip önceki yıllarda kesinleşmiş cezasının olup, olmadığı belli olmayan şikayetli hakkında ilk kez ıka ettiği eylemden dolayı 3 ay süre ile işten yasaklama cezasının verilmesinde de eylemle ceza arasında hakkaniyete ve yasaya uygun bir oranın dikkate alınmadığı görülmektedir.

Disiplin Kurulu'nun bu tarz tutum ve davranışlarının ve karara yansıyan değerlendirmelerdeki ısrarlı gerekçelerinin şikayetlide kuşku duyacağı ve infiale neden olacak düşüncelerin doğmasına neden olabileceği kabul edilmelidir.

Bu durum karşısında Baro Disiplin Kurulu'nca eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesi doğru olmakla birlikte, davranış ile tayin olunan ceza arasında Avukatlık Yasası'nın 158. maddesindeki ilkelere uygun bir dengenin sağlanamadığı anlaşılmış ve işten çıkarma cezasının "kınama" cezasına çevrilmesi suretiyle kararın düzeltilerek onanması gerekmiştir.

Şikayetli avukatın sicilinde, kovuşturma konusu eylem tarihi olan 08.05.2003 itibariyle tekerrüre esas olabilecek kesinleşmiş bir disiplin cezası bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, Diyarbakır Barosu Disiplin Kurulu'nun "üç ay süre ile işten çıkarma" cezası verilmesine ilişkin kararının "kınama" cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına ve şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

KARARLARI

Çevirenler: Nilgün TORTOP*
Utku KILINÇ**

Ünal Tekeli/Türkiye Davası
(Başvuru No. 29865/96)

Dördüncü Bölüm

Ünal Tekeli/Türkiye davasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Dördüncü Bölüm) Daire olarak aşağıdaki üyelerin katılımıyla toplandı:

Başkan,

Sir Nicholas Bratza,

Yargıçlar,

Bay M. Pellonpaa,

Bay R. Türmen,

Bayan V. Straznicka,

Bay J. Casadevall,

Bay S. Pavlovschi,

Bay J. Borrego Borrego

ve

Bölüm Yazı İşleri Müdürü,

Bay M. O'Boyle

* Avukat, İzmir Barosu üyesi.

** Hukukçu, İzmir Barosu İnsan Hakları Merkezi müdürü.

13 Ocak 2003 ve 26 Ekim 2004 tarihlerinde gereği özel olarak görüşüldükten sonra, belirtilen son tarihte aşağıdaki karar verildi:

USUL

1. Dava, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunması Sözleşmesi'nin "Sözleşme" eski 25. maddesi uyarınca, Türk yurttaşı Bayan Ayten Ünal Tekeli'nin "başvurucu" Türkiye Cumhuriyeti aleyhine Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na yaptığı, 20 Aralık 1995 tarihli başvurudan (no. 29865/96) kaynaklanmıştır.

2. Adli yardıma hak kazanan başvurucu, İzmir'de avukatlık yapan Bayan Aydan Demirel Ersezen tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti "Hükümet", ajanı tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucu, sadece evlenmeden önceki soyadını taşımasına izin verilmesi isteminin ulusal mahkeme tarafından reddedilmesinin, özel hayatın korunması hakkına haksız bir müdahale olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca, evlilik sonrasında, sadece evli erkeğin ailesinin soyadını taşımayı sürdürmesinin kendisine karşı ayrımcılık olduğunu da ileri sürmüştür. Bu bağlamda, başvurucu, 8. maddenin tek başına ve ayrıca 14. maddeyle bağlantılı olarak okunmasına dayanmıştır.

4. Başvuru, 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren, Sözleşme'ye ek 11. No'lu Protokol gereği Mahkeme'ye gönderilmiştir (11 No'lu Protokol'ün 5/2 maddesi).

5. Dava, Mahkemenin Dördüncü Bölümü'ne verilmiştir (Mahkeme İçtüzüğü, 25. Kural). Bu bölüm içerisinde davayı inceleyecek olan Daire (Sözleşme, m. 27/1) Mahkeme İç Tüzüğü'nün 26/1. maddesi uyarınca oluşturulmuştur.

6. Mahkeme, 1 Kasım 2001 tarihinde kendi bölümlerinin oluşumunu değiştirmiştir (Kural 25/1). Söz konusu dava, yeni oluşturulan Dördüncü Bölüm'e verilmiştir (Kural 52/1).

7. Daire, 1 Temmuz 2003 tarihinde başvuruyu kabuledilebilir ilan etmiştir.

8. 13 Ocak 2004 tarihinde, Strasbourg'da bulunan İnsan Hakları Binası'nda kamuya açık bir duruşma yapılmıştır.

Mahkemede hazır bulunanlar:

(a) Hükümet için

Bayan Deniz Akçay, Yardımcı Ajan,

Danışmanlar,

Bayan Burçe Arı,

Bayan Işık Batmaz Keremoğlu,
Bayan Banur Özaydın.

(b) Başvurucu için

Bayan Aydan Demirel Ersezen, Avukat,
Bay Hayati Torun, Çevirmen.

Ayrıca başvurucu da duruşmaya katılmıştır.

OLGULAR

I. DAVANIN ÖZEL KOŞULLARI

9. Türk yurttaşı olan başvurucu Ayten Ünal Tekeli, 1965 doğumlu olup, İzmir’de yaşamaktadır.

10. Başvurucu, 25 Aralık 1990 tarihinde, stajyer avukat iken evlenmesinden sonra, Türk Medeni Yasası’nın 153. maddesine göre kocasının soyadını almıştır. Profesyonel iş yaşamında evlenmeden önceki soyadıyla bilinen başvurucu, bu soyadını, yasal soyadının önüne koyarak kullanmayı sürdürmüştür. Ancak, resmi belgelerde her iki soyadını birlikte kullanamamıştır.

11. Başvurucu, evlenmeden önceki soyadını “Ünal” kullanmasına izin verilmesi için, 22 Şubat 1995 tarihinde Karşıyaka Asliye Hukuk Mahkemesi’nde “Asliye Hukuk Mahkemesi” dava açmıştır. Asliye Hukuk Mahkemesi, evli kadının evliliğin devamı süresince kocasının soyadını taşımasına ilişkin Medeni Yasa’nın 153. maddesi gereğince, başvurucunun istemini 4 Nisan 1995 tarihinde reddetmiştir.

12. Başvurucunun temyiz istemi, Yargıtay tarafından aynı hukuki gerekçeyle, 6 Temmuz 1995 tarihinde reddedilmiştir. Karar başvurucuya, 23 Temmuz 1995 tarihinde tebliğ edilmiştir.

13. Medeni Yasa’nın 153. maddesinde, 14 Mayıs 1997 tarihinde yapılan bir değişiklikle, evli kadın, evlenmeden önceki soyadını, kocasının soyadının önünde kullanma hakkını kazanmıştır. Başvurucu bu olanağı kullanmamayı tercih ettiğini; çünkü, kendi bakış açısına göre, söz konusu değişiklik, onun evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanmaya yönelik isteğini karşılamamaktadır.

22 Kasım 2001 tarihinde yeni Medeni Yasa çıkarılmıştır. 187. madde, eski 153. maddeyle özdeş bir ifadeye sahiptir.

II. ULUSAL HUKUK ve UYGULAMA

14. Medeni Yasa:

Eski Medeni Yasa'nın 153. maddesi (yürürlükte olduğu zaman içinde)

"Karı, kocasının aile adını taşır..."

Eski Medeni Yasa'nın 153. maddesi (14 Mayıs 1997 tarihli 4248 sayılı yasa ile değiştirilmiştir), şimdi 22 Kasım 2001 tarihinde çıkarılan yeni Medeni Yasa'nın 187. maddesi

"Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak, evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruya kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir..."

15. Anayasa:

10. madde

"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayrım gözetmeksizin yasa önünde eşittir."

90. madde

"Usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş uluslararası anlaşmalar yasa hükmündedir. Bunlar hakkında anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz."

152. madde

"Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır."

"...

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.

..."

16. Medeni Yasa'nın 153. maddesinde yapılan değişiklikten sonra Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi¹, kuralın Anayasa'ya uygunluğunun tartışılmasına yönelik itirazını Anayasa Mahkemesi'ne taşımıştır. Mahkeme, aşağıdaki gerekçelerle ve 29 Eylül 1998 tarihli kararıyla (1997/61 E. - 1998/59 K.) itirazı reddetmiştir:

¹ Özgün İngilizce metinde, bu tanım "Ankara District Court" (birebir Türkçe çevirisi: Ankara Bölge Mahkemesi) olarak geçmektedir. Ancak, itirazı Anayasa Mahkemesi'ne taşıyan, Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'dir (ç. n).

“Evlü kadının kocasının soyadını taşımasına ilişkin kural, belirli sosyal gerçekliklerden doğan ve yüzyıllar boyunca Türk toplumu içinde şekillenmiş kimi geleneklerin yasallaştırılmasının bir sonucudur. Aile hukuku kavramının arkasındaki düşünceye göre, bu kuralın amacı, erkeğe göre daha hassas olan kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve uyumun sağlanması ve aile içinde ikibaşlılığın önlenmesidir.

Aile birliğinin sağlanması için, yasa koyucu eşlerden birisine öncelik tanımıştır. Kamu yararı ve kamu düzeni düşüncesi etkili olmuştur. Ayrıca, yeni kural, kadınlara, evlenmeden önceki soyadını aile soyadının önünde taşımasına izin vermektedir...

Kaldı ki, söz konusu kuralın, cinsiyet temelinde her türlü ayrımcılığı yasaklayan Anayasa'nın 10. maddesini ihlal ettiği savı da temelsizdir. Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesi, herkesin aynı yasa kurallarına bağlı olacağı anlamında değildir. Kimi kişilerin ya da kişi gruplarının belirli özellikleri farklı yasa kurallarının uygulanmasını haklı kılabilir...”

III. ULUSLARARASI HUKUK

A. Avrupa Konseyi Tarafından Yapılan Çalışma

1. Bakanlar Komitesi

17. Bakanlar Komitesi'nin iki belgesi, genel koşullar çerçevesinde cinsiyetler arasındaki eşitliğe ya da aile adı meselesine ilişkindir; medeni hukukta eşlerin eşitliğine dair 27 Eylül 1978 tarihli (78) 37 sayılı Çözüm Kararı ve cinsiyet ayrımcılığına karşı yasal korumaya dair 5 Şubat 1985 tarihli (85) 2 sayılı Tavsiye Kararı.

Çözüm Kararı'nda Bakanlar Komitesi, cinsiyet ayrımcılığının belirli şekillerde, bazı üye devletlerin yasama sistemlerinde ve uygulamalarında halen var olduğunu gözlemlemiş ve bu devletleri aile adının seçiminde ve ortak çocuğa ebeveyn soyadının verilmesinde tüm ayrımcılığın ortadan kaldırılması yönünde çağrıda bulunmuştur. Bunu sağlayacak çözüm önerileri Çözüm Kararı'nın 6. paragrafında sayılmıştır:

“6 ... bir eşin diğer eşin soyadını kabul etmesi için kendi aile adını yasal bir zorunluluğun olmamasını sağlamak amacıyla eşlerin aile adıyla ilgili konuları düzenlenmek ve bunun yapılması için örneğin aşağıda yer alan sistemler rehberlik yapabilir:”

i. özellikle eşlerden birinin aile adının, diğer eşle birlikte anlaşma içinde ortak bir aile adı olarak seçimi; ya eşlerin aile adlarının bir bileşimiyle şekillendirilecek bir aile adının ya da diğer bir adın aile adı olarak seçimi;

² Örnekleme yapıldığı tümcenin tamamı özgün metinde verilmemiştir. Ayrıca Bakanlar Komitesi'nin söz konusu Çözüm Kararı'nın İngilizce metnine ulaşmak olanaklı olamadığından, çevride bir anlam düşüklüğü oluşmuştur (ç. n.)

ii. eşlerin, evlilik öncesinde sahip oldukları aile adını koruması;

iii. her iki eşin aile adının bileşiminden oluşacak bir formun ortak aile adı olarak yasa tarafından belirlenmesi.”

Bakanlar Komitesi, üye devletlerin bu alanda yürüttüğü yoğun çalışmaya rağmen, kadınların ve erkeklerin eşitliğinde henüz tam bir başarı sağlanmadığının farkındadır; diğerlerinin yanı sıra, aile adı bağlamında eşitliğin sağlanmasını amacıyla, üye devletlere tüm önlemlerin alınmasını ya da sağlamlaştırılmasını önermektedir. Önlemler, yalnızca yasa değişiklikleriyle değil, fakat ayrıca bu tip kurallara uymada başarısız olunduğunda yaptırımlar ve ayrımcılığa karşı etkili yasal yollar yaratılmasıyla da yürürlüğe konabilmelidir. Bakanlar Komitesi, ayrıca bu eşitliğin ilerletilmesi için uygun bir mekanizmanın da benimsenmesini tavsiye etmektedir (örneğin, aracı kurumlar gibi).

2. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi

18. Parlamento, soyadının seçiminde ve çocuklara soyadının verilmesinde erkek ve kadın arasındaki ayrımcılığa dair 28 Nisan 1995 tarihli ve 1271 (1995) sayılı Tavsiye Kararı'nda, Bakanlar Komitesi'ne, hala cinsiyet ayrımcılığı uygulayan ülkelerin belirlenmesini ve bu ülkelerden “ortak soyadı seçimi açısından, evlilik sırasında her iki tarafın kesinlikle eşit olmasının sağlanması için” uygun önlemleri almalarının istenmesini önermiştir (no. 5, ii).

19. Bakanlar Komitesi 3 Nisan 1996 tarihli yanıtında, her ülkenin bu konuda “görenek ve yerel geleneklere” bağlı, kendine ait hukuki sisteminin olduğunu kabul etmiş; ancak, hukuki sistemin ayrımcı hükümler içermediğini vurgulamıştır. Tavsiye üye ülkelere iletilmiştir.

20. Meclis, 18 Mart 1998 tarihli ve 1362 (1998) Tavsiye Kararı'nda, Bakanlar Komitesi'nin sadece 1995 tarihli tavsiyesini üye ülkelere iletilmesinin yeterli olmadığını belirtmiştir. Bakanlar Komitesi'nin her üye ülkeye, ayrımcılık yasağı ilkesine uymayı üstlenmeleri için bir süre önemesini tavsiye etmiştir. Karar'ın geri kalanında önceki tavsiyelerini yinelemiştir.

21. Bakanlar Komitesi 20 Ekim 1998 tarihli yanıtında, Parlamenter Meclisi'nin görüşlerini bu bağlamda paylaştığını ve her iki tavsiye kararını da ayrıntılı olarak incelenmesi ve uygun bir zaman aralığında atılması gereken adımların önerilmesi için Avrupa Hukuksal İşbirliği Komitesi'ne (AHİK) ve Erkek ve Kadın Arasında Eşitlik için İdari Komitesi'ne ilettiğini bildirmiştir.

3. Avrupa Hukuksal İşbirliği Komitesi

22. Komite, 1982-1983 döneminde 13. Avrupa Adalet Bakanları Konferansı'nın 2 No'lu Tavsiye Kararı'nı takiben, 1982-1983 döneminde evli çiftlerin soyadını seçmesiyle ilgili olarak ileri sürülen konuları değerlendirmiştir. 5 Ekim 1983 tarihli soyadının kazanılmasına dair son faaliyet raporunda, iç hukuk

tarafından kabul edilmiş çözümlerin çeşitliliğinin bu alanda uyum sağlamaya yönelik adımları zora soktuğu sonucuna varmıştır.

23. Komite, aynı meseleyi 1995'te ve sonrasında Parlamenter Meclisi'nin iki tavsiye kararının Bakanlar Komitesi'nce gönderilmesinin ardından 1999'ta yeniden muhakeme etmiştir. Konunun değerlendirilmesi, Aile Hukuku Uzmanları Komitesi'ne bırakılmıştır. Değişik ülkelerden katılan uzmanlara ülkelerindeki hukuki durum ve uygulamaya ilişkin gözlemleri sorulmuştur. Birçok ülkeden elde edilen gözlemlerde, çoğu ülkenin yasalarını yakın zamanda değiştirdikleri ya da diğer ülkelerle bağlantılı olarak bir reform hazırlığı içinde oldukları açığa çıkmıştır. (örneğin; Arnavutluk, AİHK (99) 33, İsviçre AİHK (99) 9, Türkiye AİHK (99) 23.) Reformlar, evli çiftin soyadı bağlamında, yasa önünde kadın ve erkek arasında büyük bir açıklık ve tam bir eşitlik sağlamıştır.

24. Komite, bu gözlemleri Bakanlar Komitesi'nin (85) 2 sayılı Tavsiye Kararı ve (78) 37 sayılı Çözüm Kararı ışığında değerlendirmiştir. Komite, kararla sağlanmış çözümlerin hala geçerli olduğunun üzerinde durarak, çiftlerin soyadıyla ilgili her türlü ayrımcılık kaldırılabilir bazı ülkeler tarafından kararın hala uygulanmadığını saptamıştır. Farklı gelenek ve göreneklerin varlığı tek bir çözüm üretmeyi imkansız kılsa bile, (78) 37 sayılı Kararın 6. paragrafı ayrımcılık içermeyen çözümlere ilişkin çok geniş bir seçim listesi sunmaktadır. Son olarak Komite, Bakanlar Komitesi'nin yasal reformların uygulanması için bir zaman dilimi belirlemesini önermektedir.

25. Avrupa Hukusal İşbirliği Komitesi konuyu bu temelde yeniden irdelemiştir. 1995'te, bazı ülkelerin kararda belirtilen çözüm için, diğerlerinin yanı sıra, evli çiftlerin soyadına ilişkin gerekli koşulları oluşturmadığını belirtmiş (AİHK'in 64. Toplantı Raporu'nun özeti, AİHK (95) 76 Ek III) ve belirtilen ülkelerden bu konuda yasalarını yeniden gözden geçirmelerini istemiştir. Komite ayrıca, Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiyesine İlişkin Sözleşme'nin (BM Genel Kurulu, 18 Aralık 1979, Anlaşma Serisi C. 1249, 1981 No. I-20379, pp. 24) 16. maddesinin, 1. paragrafındaki prensibin uygulanması ve bu hükme konulan çekincelerin geri çekilmesi noktasında ilgili ülkeleri teşvik etmiştir. AİHK, raporun sonuç bölümünde gelenek ve göreneklerin farklılığına saygı duyulması gerektiğini; ancak, ilgili ülkelerden erkek ve kadın arasındaki ayrımcılığı önlemek amacıyla gerekli adımların atılmasının istenmesi gerektiğini belirtmiştir.

26. AİHK, Bakanlar Komitesi'ne gönderdiği taslaktaki görüşünde, çoğu ülkenin bu çerçevede iç hukuklarını değiştirdiklerini; ancak, bir kısmının bunu hala yapmadığını saptamıştır (no. 4) AİHK, gelenek ve göreneklerin farklılığına saygı duyulması gerektiğini ve tek tip bir sistemin kurulmasına gerek olmadığını düşünmektedir. (78) 37 sayılı Çözüm Kararı'nın 17. paragrafı geniş bir çözümler seçeneği sunmaktadır (no. 5). Halen soyadına ilişkin ayrımcı hükümler içeren yasalara sahip devletler, zamanı gelince bu tip ayrımcılığı önleyecek gerekli bütün önlemleri almalıdırlar (no.6).

B. Birleşmiş Milletler

27. Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin (19 Aralık 1966 tarihinde, BM Genel Kurulu'nca kabul edilen) 3. maddesi, "Sözleşmeye Taraf Devletlerin mevcut sözleşmede ileri sürülen tüm medeni ve siyasal hakların kullanılmasında kadın ve erkeklere eşit haklar sağlanacağını güvence altına alırlar." şeklindedir. Türkiye'nin hala onaylamamış olduğu Sözleşme'nin 7. No'lu Protokolü'nün 5. maddesinin temelini oluşturan 23. maddenin 4. paragrafı, evlilik bağlamında eşitliğin zorunlu olduğunu doğrulamaktadır. Maddeye göre:

"Taraf devletler, evlilik öncesinde, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşlerin sorumlulukları ve hakları konusunda eşitliği sağlayacak gerekli adımları atar. Kural, sona erme sürecinde, her çocuğun korunmasını da sağlar."

Sözleşme, Avrupa Konseyi üye ülkelerinin büyük bir çoğunluğu tarafından onaylanmış; ancak, 15 Ağustos 2000'de imzalayan Türkiye tarafından onaylanmamıştır.

28. BM İnsan Hakları Komitesi, 23. maddenin 4. paragrafını, her bir eşin kendi soyadını kullanmada veya yeni bir soyadın seçiminde, eşlerin eşit söz hakkına sahip olduğu, bu anlamda erkek ve kadın arasında ayrımcılık yapılamayacağı konusunda Taraf Devletler'e bir zorunluluk yüklediği şeklinde yorumlamaktadır.

29. Ek olarak, Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiyesine İlişkin Sözleşme'nin 16. maddesinin, 1(g) paragrafına göre:

"Taraf Devletler, kadın ve erkek eşitliği temelinde, kadına ilişkin her türlü ayrımcılığın kaldırılması aile ve evlilik ilişkileri ilgili her konuda gerekli adımları atarlar:

...

(g) Karı ve Koca iş, meslek ve soyadı seçimi dahil olmak üzere aynı haklara sahiptir;"

30. Türkiye'nin de dahil olduğu Avrupa Konseyi üyesi birçok ülke bu sözleşmeyi onaylamıştır. Türkiye, sözleşmeyi onayladığı 19 Ocak 1996 tarihinde, Medeni Yasa'nın aileye ilişkin hükümlerinin sözleşme ile uyumlu olmayacağı gerekçesiyle, Sözleşme'nin 15 ve 16. maddelerine, (g) bendini de içerecek şekilde çekince koymuştur. Türk Hükümeti, 20 Eylül 1999 tarihinde çekincesini geri almıştır.

31. Komite, bu sözleşmenin uygulanmasına ilişkin farklı ülkeleri ilgilendiren raporlarında (KATS) 1 Mayıs 2000, A/55/38 Bölüm I (2000) & 172-75 ve KATS 20 Nisan 2001, A/56/38 Bölüm I (2001) 26 & 211-16), istedikleri takdirde kadınların kendi soyadlarını kullanma imkanlarının olduğunu veya soyadı seçiminde kadının haklarını teyit etmektedir.

HUKUK**I. HÜKÜMETİN İLK İTİRAZLARI**

32. Hükümet, iki ilk itirazını, sırasıyla başvurucunun mağdur sıfatını taşımadığı ve 6 aylık başvuru süresinde başarısız olduğu üzerine temellendirmiştir.

A. Başvurucunun Mağdur Sıfatı

33. Hükümet, Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında başvurucunun mağdur olmasını tartışmıştır. Hükümet, başvurucunun evlendiği zaman stajyer avukat olduğunu, bir avukat olarak çalışma niteliği olmadığına dikkat çekmiştir. Hükümet, avukatlığa başladığında kocasının soyadını almış olması nedeniyle, başvurucunun evliliğini takiben adını değiştirmesinin, profesyonel iş yaşamında sorun yaratamayacağını ileri sürmüştür.

34. Başvurucu, yasal staj süresi boyunca ilk profesyonel iş bağlantılarını kurduğunu ve bu sürecin kariyerinin devamından ayrı tutulamayacağını ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca, profesyonel bakışın ötesinde, bir kişinin adının onun kimliğinin yapılanmasında özellikle önemli olduğunu da iddia etmiştir. Başvurucu, evliliğinin bir sonucu olarak, evlenmeden önceki soyadını değiştirme yükümlülüğünün kendi üzerinde olmasının, geçmişiyile bağı koparmasına neden olduğunu ileri sürmüştür.

35. Mahkeme, başvurucunun stajyer avukat iken evlenmesinin bir sonucu olarak, soyadının değişmesi yükümlüğünün, profesyonel iş yaşamını ters etkileyip etkilemediğini konusunda bir saptama yapmayı gerekli görmemektedir. Mahkeme, profesyonel ya da iş çevreleri dışında, kişinin özel ve aile yaşamına gelince, soyadının ve kimliğin diğer insanlarla kültürel, sosyal ya da diğer ilişkileri kurma ve geliştirme yetisiyle ilgili olduğunu yinelemektedir (bkz., Niemitz/Almanya, 16 Aralık 1992 tarihli hüküm, Seri A No. 251-B, p. 29). Mahkeme, somut davada, başvurucunun özel çevresinde ve kültürel ya da politik aktivitelerinde bilinen adı olan "Ünal" a sahip çıkarak, sadece kendi soyadını kullanmasına izin verilmesi isteminin reddinin, onun meslek dışı etkinliklerinde oldukça etkili olmuş olabileceği düşüncesindedir.

Önceden tartışılmış kararlara göre, başvurucu bir mağdurdur (aynı sonuç için bkz., Burghartz/İsviçre, 22 Şubat 1994 tarihli hüküm, Seri A. No. 280-B, p.18).

B. Altı Ay Kuralına Uygunluk

36. Hükümet, altı ay kuralına uymada başarısız olduğunu ileri sürmüştür. Diğer iddialarında, şikayet edilen durumun iç hukuktan kaynaklandığını; ulusal mahkemelerin başvurucunun istemini kabul etmek gibi bir konuma sahip olmadığını belirtmiştir. Bu koşullar altında başvurucu, evliliğinin altıncı ayında başvurmalıydı, buna göre son tarih 25 Haziran 1991'dir.

37. Mahkeme, Sözleşme'yi ihlal ettiği ileri sürülen yasa bakımından uygun bir iç hukuk yolunun olmadığını yinelemektedir. Prensip olarak, altı aylık zamanaşımı süresi şikayete konu yasanın ortaya çıktığı tarihten ya da başvurunun böyle bir yasadaki doğrudan etkilendiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Ancak, başvuru sahiplerinin bir iç hukuk yolundan ilk kez kendilerinin yararlandıkları ve söz konusu yolun etkisiz olduğu koşullardan sadece son aşamada haberdar oldukları olağanüstü davalarda özel durumlar uygulanabilir. Böyle bir durumda, altı aylık süre, başvuru sahibinin bu koşulları öğrendiği tarihten itibaren hesaplanabilir (bkz., Aydın/Türkiye (dec), No. 28293/95, 26294/95 ve 30219/96, AİHM 2000-III [özetler]).

38. Somut davada Mahkeme önünde şikayet edilen durum, gerçekte Medeni Yasa'nın 153. maddesine uygundur. Bununla birlikte Mahkeme, ulusal mahkemelerin Anayasa'nın 90. maddesi gereğince iç hukukun bütünleyici bir parçası olan Sözleşme kurallarını, önlerindeki davaya doğrudan uygulayabileceklerini ya da Medeni Yasa'nın 153. maddesinin, anayasal olmadığına ilişkin bir itiraz (Anayasa'nın 152. maddesi gereğince) geliştirebileceklerini ve son olarak, başvuru sahibinin istemini kabul edebileceklerine dikkat çekmektedir. Sonuç olarak, iç hukuk yolunun uzak bir başarı olasılığı sunduğu kabul edilse bile, burada ileri sürüldüğü gibi bu beyhude bir adım değildir. Bu nedenle, iç hukuk yolu en azından altı aylık sürenin başlangıcını erteleme etkisine sahiptir (bkz., A./Fransa, 23 Kasım 1993 tarihli hüküm, Seri A No. 277-B, 30).

Bundan dolayı Hükümetin ilk itirazı reddedilmelidir.

II. 8. MADDEYLE BAĞLANTILI OLARAK SÖZLEŞME'NİN 14. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

39. Başvuru sahibi, evlilik sonrası, sadece kendi soyadını taşımasına izin verilmesi isteminin ulusal makamlarca reddedilmesi nedeniyle, Sözleşme'nin 8. maddesinin tek başına ve 14. maddeyle bağlantılı olarak ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Sözleşme'nin 8. maddesine göre:

"1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak Ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir."

Sözleşme'nin 14. maddesine göre:

"Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer inançlar, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa men-

supluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır."

40. Ortaya konulan iddiaların içeriği bakımından Mahkeme, davayı, doğrudan Sözleşme'nin 14. maddesi altında, 8. maddeyle birlikte ele alarak incelemenin uygun olduğu düşüncesindedir.

A. Başvurabilirlik

41. Hükümet, söz konusu davada, Sözleşme'nin 8. maddesine başvurulabilirliği tartışmıştır. Hükümet, ad seçiminin tamamen bireysel bir seçim olmadığını ve bu alanda devletlerin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu ileri sürmüştür. Hükümet, isim belirlemeye ilişkin yasama yetkesinin devletlerin yetki alanında kaldığını ve Sözleşme'nin alanına girmediğini ileri sürmüştür.

42. Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin ad üzerine kesin hiçbir koşul taşımadığını, fakat kişinin adının, bir aile bağı ve kişisel kimlik aracı olmasının yanı sıra, kadın ya da erkeğin özel ve aile hayatıyla ilgili olduğunu yinelemektedir. Aslında, ad kullanımını düzenlemenin içinde bir kamu yararının varolması, kişinin ad sorununu, diğerleriyle ilişki kurma hakkı, belirli bir akrabalık derecesini kapsamaya gibi yorumlanan özel ve aile yaşamı alanından çıkarmak için yeterli değildir (bkz., yukarıda söz edilen Burghartz kararı).

Bu yüzden, şikayetin ana konusu Sözleşme'nin 8. maddesinin alanı içindedir.

B. Sözleşme'nin 14. Maddesinin, 8. Maddeyle Bağlantısının Uygunluğu

1. Tarafların Sunumu

43. Başvurucu, yetkililerin, evlendikten sonra sadece kendi soyadını taşımasına izin verilmesini reddettiklerini; oysaki Türk hukukunun evli erkeğin kendi soyadını taşımasına izin verdiğinden yakınmıştır. Başvurucu, bunun, Sözleşme'nin 14. maddesiyle birlikte ele alınan 8. maddeyle uyumlu olmadığını ve cinsiyet temelinde ayrımcılık sonucunu doğurduğunu ileri sürmüştür.

44. Hükümet, cinsiyet temelinde farklı bir muameleye varıldığını kabul etmiş; fakat, bu durumun zaten herhangi bir ayrımcılık kapsamında olmasını engelleyen makul gerekçelere ve nesnel temele oturduğunu ileri sürmüştür.

45. Yukarıda söz edilen Burghartz kararına gönderme yapan Hükümet, aile birliği ve aile adı arasında bir bağ olduğunu ve ailelerin kocanın soyadını almasını sağlayan Türk yasa koyucunun, ortak bir ad içinde aile birliğinin ifade edilmesi aracılığıyla geleneksel bir düzenlemeye karar verdiğini ileri sürmüştür. Hükümet sunumunda, aile birliğinin kamu düzeniyle ilgili olduğunu ve bireyin, kamusal yaşamla bağlantı unsuru olduğu yerde özel yaşamın bittiğini belirtmiştir.

46. Anayasa Mahkemesi'nin 29 Eylül 1998 (1997/61 E. -1 998/59 K.) tarihli kararına gönderme yapan Hükümet, cinsiyet temelindeki farklı muamelelerin, Türkiye'deki sosyal gerçeklik açısından haklı olduğunu ileri sürmüştür. Kadınların %68.8'inin çok kısıtlı ekonomik özgürlüğe sahip olduğuna dikkat çeken Hükümet, -kocanın soyadında ifade edilen- ortak bir soyadının, kadının aile içindeki konumu güçlendirmek için düzenlendiğini iddia etmiştir.

47. Hükümet, Medeni Yasa'nın 153. maddesinde 14 Mayıs 1997 tarihinde yapılan değişiklikle, evli kadınların, evlenmeden önceki soyadlarını aile adının önünde taşıyabildiklerini yinelemiştir.

48. Hükümet, ayrıca, evlilik, ölüm ve doğum kayıtlarına ilişkin sistemde yapılacak bir değişikliğin büyük zorluklara neden olabileceğine dikkat çekmiştir.

2. Mahkemenin Değerlendirmesi

49. Mahkeme, Sözleşme'nin 14. maddesinin, diğer bağımsız kuralları tarafından korunan özgürlükler ve haklardan yararlanmada ayrımcılığa karşı koruma sağladığını yinelemektedir. Bununla birlikte, her farklı muamele bu maddenin ihlaline yol açmamaktadır. Kabul edilmelidir ki, benzer statüdeki yakın ya da ilgili diğer kişiler ayrıcalıklı muameleden yararlanır ve bu fark ayrımcılıktır (örneğin; bkz., 23 Ekim 1997 tarihli National&Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society/Birleşik Krallık, Kararlar ve Hükümler Raporu 1997-VII, 88).

50. Mahkemenin içtihadına göre, farklı muamele, eğer makul bir haklılığa ve nesnellığe sahip değilse, 14. madde anlamında ayrımcılık taşımaktadır. Böyle bir haklılığın varlığı, demokratik toplumda geçerli olan ilkelere göre takdir edilmelidir. Sözleşme tarafından düzenlenen bir hakkın uygulanmasındaki farklı muamele yalnızca meşru olmak zorunda değildir: *"gerçekleştirilmek istenen amaç ile kullanılan yöntemler arasında makul bir oranlılık"* yoksa, 14. madde açıkça ihlal edilmiştir (örneğin, bkz., 27 Mart 1998 tarihli Petroviç/Avusturya, hükmü, 1998-II, 30 ve 8 Temmuz 1986 tarihli Lithgow ve Diğerleri/Birleşik Krallık hükmü, Seri A, No. 102, 177).

51. Diğer yandan, daha fazla ayrıcalıklı davranış Sözleşme tarafından benimsenmiyor olsa da, geçerli bir mazeret olmaksızın, genel olarak bir kişiye ya da gruba yekdiğerinden daha az ayrıcalıklı davranılması da ayrımcılık düşüncesinin kapsamındadır (bkz., 28 Mayıs 1985 tarihli Abdülaziz, Cabales ve Balkandalı/Birleşik Krallık hükmü. Seri A No. 94, 82). 14. madde, Sözleşme tarafından korunan hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesi ile kamu yararının korunması arasında adil bir denge kuran, kamu yararı üzerine temellendirilen ve esasen farklı olaylarla ilgili koşulların nesnel bir değerlendirmesi üzerine yapılandırılan muameledeki ayrımları yasaklamamaktadır (bkz., diğer kararlar arasında, 27 Eylül 2001 tarihli, GMB ve KM/İsviçre kararı, No. 36797/97).

52. Sözleşmeci Devletler, benzer durumlardaki farklılıkların, yasaların farklı uygulanmasını haklı çıkarıp çıkarmadığı ve bunun ne ölçüde geçerli olduğu konusunu değerlendirirken belli bir takdir hakkına sahiptirler. Takdir yetkisinin alanı, koşullara, davanın konusuna ve arka planına göre değişebilir (bkz., 28 Kasım 1984 tarihli, Rasmussen/Danimarka hükmü, Seri A No. 87, 40; 28 Ekim 1987 tarihli, Inze/Avusturya hükmü, Seri A No. 126, 41).

53. Bununla birlikte, cinsiyet temelinde ayrımcı bir davranışın tek başına Sözleşmeyle uyumlu olabilmesi için, öncelikle çok önemli gerekçelerin ortaya konulması gerekir (bkz., 24 Haziran 1993 tarihli, Schuler-Zraggen/İsviçre hükmü, Seri A no. 263, 67).

54. Zira Sözleşme, öncelikle ve temel olarak insan haklarını korumak için bir sistemdir; bununla birlikte Mahkeme, Sözleşmeci Devletlerin içinde buldukları koşullardaki değişikliği dikkate almalı ve karşılık vermelidir; örneğin, standartlar hakkında herhangi bir konsensüsün oluşturulması için başarılı olmak gibi (bkz., diğerleri arasında, Stafford/Birleşik Krallık [GC], No. 46295/99, AİHM 2002-IV).

b. Benzer Statüdeki Kişiler Arasında Farklı Bir Muamelenin Olup Olmadığı

55. Başvurucunun şikayeti aslında, yasal olarak evli kadınların evlilik sonrasında evlenmeden önceki soyadlarını tek başına kullanamadıkları ve fakat evli erkeklerin, evlenmeden önce sahip oldukları soyadlarını koruduklarıyla ilgilidir. Bu, şüphesiz, benzer durumdaki kişiler arasında cinsiyet temelinde bir "*farklı muamele*"dir.

56. Hükümetin gönderme yaptığı, iki kategori (evli kadın ve evli erkek) arasındaki gerçekler, (ki, bunlar sırasıyla, tarafların ekonomik bağımsızlığı ve sosyal statüleridir) Mahkeme'yi farklı bir sonuca götürmemektedir.

Elbette, bu ayırım, şikayet edilen farklı muamelenin savunulabilir olup olmadığı meselesinin tam da ortasında yer almaktadır.

c. Makul ve Nesnel Bir Mazeretin Olup Olmadığı

57. Hükümetin sunumuna göre, söz konusu müdahale, kocanın soyadı sayesinde aile birliğinin ifade edilmesine yönelik ve dolayısıyla kamu düzenini sağlamayı hedefleyen yasal bir amaç gütmüştür. Başvurucu, bu argümanı çürütmüştür.

58. Mahkeme, Sözleşmeci Devletlerin, aile birliğinin ifade edileceği önlemlerin alınması açısından, Sözleşme'ye göre belirli bir takdir yetkisine sahip olmalarına rağmen, bu tip bir önlem kadınlara ve erkeklere birlikte uygulanmadıkça, prensip olarak 14. maddenin, farklı bir muamelenin haklılığı için zorunlu nedenler gösterilmesini gerektirdiğini yinelemektedir.

Hali hazırdaki davada Mahkeme, böylesi nedenlerin varlığına ikna edilememiştir.

59. Mahkeme, ilk olarak, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin günümüzdeki başlıca hedefinin, cinsiyet eşitliğinin ilerletilmesi olduğunu yinelemektedir. Bakanlar Komitesi'nin, medeni hukukta eşlerin eşitliğine dair 27 Eylül 1978 tarihli, (78) 37 sayılı Çözüm Kararı ve cinsiyet ayrımcılığına karşı yasal korumaya dair, 5 Şubat 1985 tarihli, (85) 2 sayılı Tavsiye Kararı, bu amacın asli örnekleridir. Bu metinler, üye devletleri, diğer şeylerin yanı sıra soyadı seçiminde de cinsiyet temelinde tüm ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına davet etmektedir. Bu amaç ayrıca, Parlamenter Meclisin (bkz., yukarıda 19-22. paragraflar) ve Avrupa Hukusal İşbirliği Komitesi'nin (bkz., yukarıda 23-27. paragraflar) çalışmalarında da dile getirilmiştir.

60. Uluslararası düzeyde ise, Birleşmiş Milletler bünyesinde cinsiyet eşitliğiyle ilgili yürütülen çalışmalar, evli çiftlerden her birinin (kadın ya da erkek) kendi soyadını koruması ya da yeni bir aile adının seçiminde eşit söze sahip olma hakkının kabulüne yönelik bu özel alanın başlığıdır (bkz., yukarıda 23-27. paragraflar).

61. Mahkeme ayrıca, Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında, eşlerin aile adının seçiminde eşit bir düzeyde olmaları lehinde bir konsensüs oluştuğuna da dikkat çekmektedir.

Avrupa Konseyi'ne üye devletlerden Türkiye, kocanın adının çiftin soyadı olarak alınmasının yasal yükümlülük olduğu -çift alternatif bir düzenlemeyi tercih etse bile- ve bu nedenle kadının evlenmekle kendi soyadını otomatik olarak kaybettiği tek ülkedir. Türkiye'de evli bir kadın yalnızca evlenmeden önceki soyadını -eşlerin her ikisi de böyle bir düzenlemede anlaşsa bile- kullanamamaktadır. Türk yasa koyucunun, 22 Kasım 2001 tarihli değişiklikle sağladığı, evlenmeden önceki soyadının, kocanın soyadının önüne konulması olanağı, söz konusu durumu değiştirmemektedir. Evliliklerinin soyadlarını değiştirmesini istemeyen evli kadınların menfaatleri göz önüne alınmamıştır.

62. Mahkeme, ayrıca, Türkiye'nin kadın ve erkeğin aile içinde eşit konumda olmasına ilişkin genel eğilimin dışında bir konumda olmadığını gözlemlemektedir. İlgili yasal değişikliklerden, özellikle 22 Kasım 2001 tarihli değişiklikten önce, erkeklerin aile içinde baskın konumdaydı. Bu değişikliğe değin, Türk yasa koyucu, geleneksel aile konseptine uygun olarak, aile birliğinin kocanın soyadıyla ifade edilmesini sürdürmüştür. Kasım 2001'deki reformların amacı, ekonomik aktivitelerde, çocukları ve aileyi etkileyecek kararların alınmasında ve evliliğin temsilinde evli kadınların kocayla birlikte eşit düzeyde olmasıdır. Diğerlerinin yanı sıra, kocanın ailenin reisi olma rolü de ortadan kaldırılmıştır. Evli tarafların her ikisi de, aileyi temsil etme yetkisini kazanmışlardır. Ancak, Medeni Yasa'daki 2001 değişikliğine rağmen, evli kadının kocasının soyadını alma yükümlülüğünü kapsayan, evlilikten sonraki aile soyadına ilişkin kurallar değişmeden kalmıştır.

63. Mahkeme için ilk sorun, kocanın soyadı sayesinde evlilik birliğinin ifade edilmesi geleneğinin, somut davada kesin bir faktör olarak dikkate alınıp alınamayacağıdır. Bu gelenek, gerçekten, kadının aile içindeki ikincil ve erkeğin birincil rolünden ortaya çıkmaktadır. Bugünlerde, Türkiye'nin de içinde bulunduğu Avrupa Konseyi'ne üye devletlerde, cinsiyet eşitliğinin ilerletilmesine, özellikle ayrımcılık yasağı ilkesine bağlı olarak önem verilmekte ve devletlerin söz konusu geleneği evli kadınlara yüklenmesi engellenmektedir.

64. Bu bağlamda, aile soyadı olarak kocanın soyadının seçilmesi, aile birliğini ifade edebilirken, çiftin seçimi olan ortak soyadı ya da karının soyadının seçilmesiyle de, aile birliği ifade edilebilmelidir (bkz., yukarıda söz edilen, Burghartz kararı).

65. Mahkeme'nin yanıtlamak için ele alacağı ikinci sorun ise, ortak bir aile adının aile birliğini yansıtmak zorunda olup olmadığı ve eğer evli taraflar arasında bir anlaşmazlık olursa, taraflardan birinin soyadının diğerine yüklenip yüklenemeyeceğidir.

66. Mahkeme, Sözleşmeciler Devletlerin uygulaması açısından, evli bir çiftin ortak bir aile adını taşımamayı seçtikleri yerde aile birliğinin korunmuş ve sağlanmıştır olabileceğinin akla uygun olduğunu gözlemlemektedir. Avrupa'daki uygulanabilir sistemlerde yapılan inceleme, bu bulguyu desteklemektedir. Hükümet, halihazırdaki davada, ortak bir aile adı yüzünden aile birliğinin ifade edilmesinden yoksun olunacak şekilde kamu yararının zarara uğradığını ya da evli tarafların ve/veya üçüncü kişilerin önemli ya da somut bir sıkıntıya düştüğünü sıkıntıya düştüğünü gösterememiştir. Bu koşullar altında Mahkeme, aile birliği adına, kocanın soyadını taşımaya ilişkin evli kadın üzerindeki yükümlülüğün -evli kadın, evlenmeden önceki soyadını, bu adın önüne koysa bile- makul bir haklılığa ve nesnelliğe sahip olmadığı düşüncesindedir.

67. Mahkeme, aile adının kocanın soyadı temelinde belirlendiği geleneksel sistemden, tarafların kendi soyadlarını koruduğu ya da özgürce ortak bir aile adının seçimine izin veren diğer sistemlere geçişi ve kaçınılmaz olarak evlilik, doğum ve ölüm kayıtlarını da içeren bir sistem değişikliğinin önemli yankıları olacağını küçümsememektedir. Ancak, Mahkeme, çoğunlukla toplumdan umulanın, evli çiftlerin seçtiği ada uygun olarak değer ve onur içinde yaşamaları yönünde bireylere imkan vermek için belirli bir zorluğun hoşgörülmesi olduğu, düşüncesindedir (bkz., Christine Goodwin/Birleşik Krallık [GC], No. 28957/95, 91, AİHM 2002-VI).

68. Sonuç olarak, ortak bir aile adı sayesinde aile birliğinin ifade edilmesi amacı, somut davada şikayet edilen cinsiyet temelindeki farklı muameleye haklılık kazandırmamaktadır.

Buna göre, söz konusu farklı muamele, 8. maddeyle birlikte ele alınan 14. maddeyi ihlal etmektedir.

69. Bu sonuç dikkate alınarak, Mahkeme, 8. maddenin ayrıca ihlal edildiğine ilişkin bir karar vermenin gerekli olmadığı düşüncesindedir.

III. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİ

70. Sözleşme'nin 41. maddesi:

"Mahkeme, Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeciler Taraf'ın iç hukuku bu ihlali kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder."

A. Zarar

71. Başvurucu, katlanmak zorunda kaldığı manevi zararın 15.000 euro (EUR) olduğunu ileri sürmüştür.

72. Hükümet, bu isteği kabul etmemiştir.

73. Mahkeme, bu karara uygun olarak, evli çiftlerin aile adının seçiminde eşit söz hakkına sahip olmaları ya da kendi soyadlarını koruma hakkı gibi, başvurucuyu da kapsayan şekilde, evli tarafların her birini güven altına alacak yükümlülüklerini Türk Devleti'nin uygun bir şekilde yerine getirmesinin yanı sıra, bu tip önlemlerin zamanı gelince yürürlüğe konulacağı düşüncesindedir.

Somut davadaki şikayetlerin tam ortasında yer alan, evli kadının evlenmeden önceki adını korumak için, Türk hukukuna göre yeterli güce sahip olmamasıdır. Bu nedenle başvurucunun geçmişte sıkıntı ve üzüntüye katlanmak zorunda kaldığına şüphe yoktur. Mahkeme, halihazırdaki dava koşullarına göre, bir ihlal bulgusunun, gelecek için ortaya çıkaracağı sonuçlarla birlikte adil bir tatmin oluşturacağı düşüncesinden dolayı, başvurucu için uygun bir tazminata karar vermemektedir.

B. Ücret ve Masraflar

74. Başvurucu, ulusal mahkemeler ve Mahkeme önünde yaptığı masraflar ve ücret için 1,750 Euro istemiştir. Başvurucu, İzmir Barosu Yönetim Kurulu'nun, 24 Haziran 2003 tarihli ve 36 sayılı Tavsiye Kararı'na (geçerlilik süresi, 1 Temmuz 2003 ve 31 Aralık 2003 tarihleri arası) gönderme yapmıştır.

75. Mahkeme, önceki bilgisini ve ilgili içtihatlarını dikkate alınarak, başvurucu lehine 1,750 Euro'ya hükmetmiştir.

C. Temerrüt faizi

76. Mahkeme, temerrüt faizinin, Avrupa Merkez Bankası'nın yıllık borç verme faizlerine artı %3 eklenerek tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Bu nedenlerle, mahkeme oybirliğiyle

1. Hükümetin ilk itirazlarının reddine;
 2. Başvurucunun, Sözleşme'nin 34. maddesine uygun olarak "mağdur" sıfatı taşıdığına;
 3. 8. madde bağlantısıyla, Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edildiğine;
 4. Sözleşme'nin 8. maddesinin tek başına ele alınmasının gerekli olmadığına;
 5. İhlal bulgularının, başvurucunun maruz kaldığı manevi zarar için yeterli bir adil tatmin oluşturduğuna;
 6. (a) Sorumlu devletin, Sözleşme'nin 44/2. maddesi uyarınca Mahkeme kararının kesinleşeceği tarihten itibaren üç ay içinde ücret ve masraflar bakımından 1,750 Euro'yu (binyediyüzelli euro) ve artı vergisini, ödemenin yapılacağı tarihteki Türk Lirası'na çevirerek başvurucuya ödemesine;
 - (b) Yukarıda söz edilen üç aylık sürenin dolmasından itibaren, ödeme tarihine kadar ki süre için, Avrupa Merkez Bankası'nın borç verme faizlerine eşitlenecek yıllık basit faize 3 puan eklenmesine;
 7. Başvurucunun adil tatmine dair kalan diğer istemlerinin reddine karar vermiştir.
- Fransızca olarak hazırlanan bu metin, Mahkeme İçtüzüğü'nün 77/2 ve 3. maddelerine uygun olarak, 16 Kasım 2004 tarihinde yazılı olarak ilan edilmiştir.

felsefe, politika, teknoloji,
bilgisayar, gezi-keşif,
hekimlik, tarih, araştırma,
mesleki-sektörel..
yüzelliden fazla periyodik yayına
abonet'ten abone olabilirsiniz.



abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10
abonet@abonet.net ❖ www.abonet.net

...BİR ROMAN...

ADI SENFONİ KALSIN

Tahir Abacı, Kandil Kitaplar,
İstanbul 2004

İstanbul Barosu üyesi Av. Tahir Abacı'nın ilgiyle okunan bir romanı. Yayınevi arka kapağında, kitabı "*hukuk dünyasını, bilgisayar dünyasını, ve fütürizmi edebiyatımıza taşıyan ilk*" olarak tanıtıyor. Yazar ise, son paragrafında, Avukat Neşe Yayılım'ın ağzından kitabını "*o dönemin (yani bugünün) kaygıları neyse hepsini alıp geleceğe taşımış*" diye özetlemiş.

Roman 2023 yılında hukuk dünyasını anlatıyor. Bilgisayar teknolo-

jisi son aşamada. Aklımıza gelen her şeyi yapıyor. Duyguları okuyor, kişileri tanıyor, kendiliğinden yorum yapıyor. Duruşmalar, müvekkil ilişkileri hepsi bilgisayarla. (TUYAP yetkililerinin bu kitabı okumalarını, hayal güçlerinin sınırlarını yoklamalarını özellikle isterdim.)

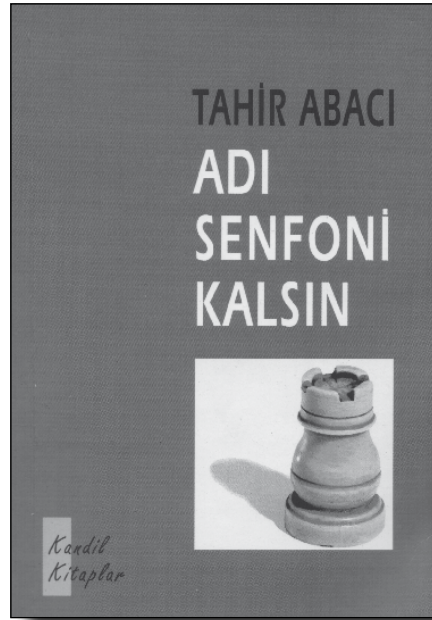
Öte yandan kahramanımız Avukat Sinan'ı hasta edecek yoğunlukta tozlu dosyalar, azığını heybesinde taşıyan köylüler... Bilinçli bir paradoks...

Romanda bir belgenin ekseninde avukat tipleri sıralanmış. Bazıları açıkça, bazıları bir sis arkasından kendilerini görebilecekler.

Anlatılması zor, okunması kolay bir kitap. Anlaşılır güzel bir dil, yalın bir üslup... Mantıklı bir kurgu. Ulaşılaçağı varsayılan sanal alem ile günümüz gerçeği iç içe... Hukukçuların ilgiyle okuyacakları, üzerinde düşünüp tartışacakları görüşler var.

İsrarla okunmasını öneriyorum. Meslektaşımı candan kutlarım.

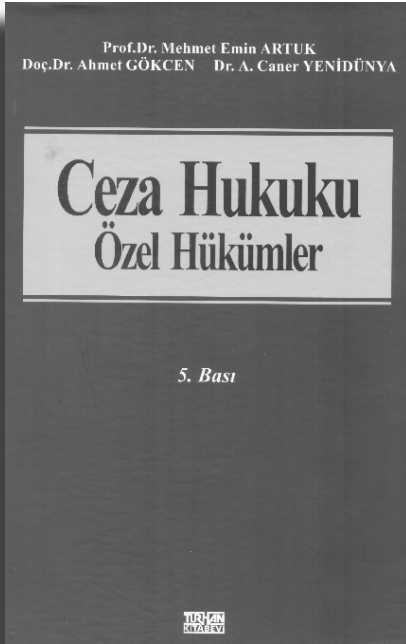
T. E.



CEZA HUKUKU, ÖZEL HÜKÜMLER

Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk,
Doç. Dr. Ahmet Gökçen, Dr. A. Caner
Yenidünya, Turhan Kitabevi, 5. Bası,
Ankara 2004.

Yürürlükteki ceza kanununun ikinci kitabının ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci, sekizinci bablarındaki örnek nitelikte bazı suç tiplerinin incelendiği eserde 2004 TCK Adalet Alt Komisyon metnindeki hükümlere de yer verilmiş. Bu şekliyle yeni TCK uygulamasında yol gösterici olma niteliği kazanan eseri okuyucularımıza öneririz.



ŞİDDET, KÖTÜ MUAMELE VE İŞKENCEYE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER, TUTUMLAR VE DENEYİMLER

Doç. Dr. Melek Göregenli, İzmir
Barosu İşkencenin Önlenmesinde
Hukukçuların Rolü Projesi, İzmir
Barosu Yayını, İzmir, 2004

*“Şiddetten arındırılmış ve işkence-
nin olmadığı bir dünyanın mümkün
olduğunu”* düşünen sosyal bilimci ve
sosyal psikolog olan yazar, böyle bir
dünyaya katkıda bulunmak amacıyla
bu çalışmayı yaptığını belirtiyor
önsözde.

Kitap, Araştırmanın Amacı, Yöntem ve Uygulama, Araştırmanın Genel Teorisi başlıklı metod açıklamalardan sonra şiddete ilişkin deneyim ve değerlendirmelere ilişkin ve Türkiye’de işkence ve kötü muamele ile ilgili bulguları ihtiva ediyor.

İşkence konusunda özgün bu çalışmayı konuyla ilgilenenlere öneririz.

İNSAN HAKLARI

Gözlemler, Düşünceler, Mehmet
Doğan, Merdiven Yayın, Ankara 2004

Batıdan doğuya, kuzeyden güneye insan hakları konusunda gözlemlere dayalı bir kitap. Yazar sunuşunda yeryüzünün farklı bölgelerinde yaşayanların sorunlarının temelinde benzerlik gösterdiği saptamasından hareket ederek insan haklarını inceliyor. İlgili ile okuyabilecek, özellikle batıdaki insan hakları algılama ve uygulama biçimi hakkında çarpıcı değerlendirmeler bulacaksınız.

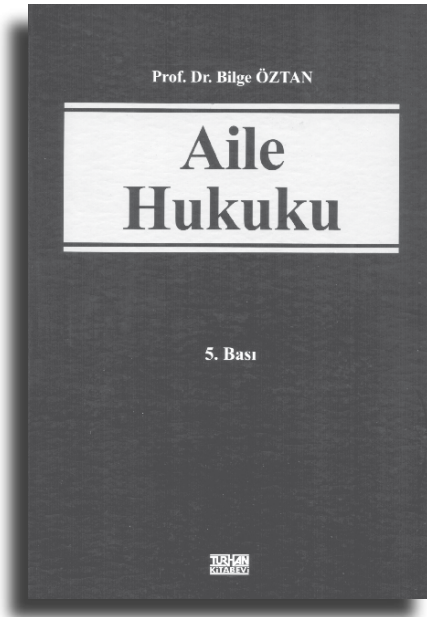
kitaplar...dergiler...

AİLE HUKUKU

Prof. Dr. Bilge Öztan, Turhan Kitabevi, 5. Baskı, Ankara 2004

Dördüncü baskıda bulunmayan "hısımlık ve vesayet" konuları da işlenerek hazırlanan beşinci cilt hukuk öğrencileri yanında uygulayıcılar için de yol gösterici nitelikte.

Yazar amacının Türk Medeni Kanunu'nun getirdiği güçlüklerin aşılmasına yardımcı olduğunu vurguluyor.



İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ İÇTİHA TLARI

Osman Doğru, C. 1 ve 2, Legal Yayınevi, İstanbul 2004.

Kararlar listeleri (Tarih sırasına ve 1960-1.8.2004 tarihleri arasında alfabetik); sözleşme maddelerine ve konulara göre dizinleri ve karar metinleri ile Anayasa'nın 90. maddesin-

de yapılan değişikliklerle birlikte ulusal mevzuatımız yanında ve üstünde bir yer alan AİHS'nin gerçek bir anahtarı. Konuya göre dizin Anayasa, Ceza, Ceza Usul, Ceza İnfaz, İdare, İdari Yargılama, İş, Medeni, Medeni Usul, Uluslararası Kamu ve Uluslararası Özel Hukuk gibi alt başlıklara ayrılmış. Birinci cilt 913, ikinci cilt 754 sayfa.

Meslektaşlarımızın kitaplığında özel bir yer tutacak eseri öneririz.

DERGİLER

HUKUKİ PERSPEKTİFLER DERGİSİ (HPD), Sonbahar 2004

Yapım ve Yönetimi Kesişim Yayıncılık ve İletişim Hizmetleri Ltd. Şti.'ne ait olup Av. Mehmet Kenan Tekdağ tarafından çıkarılan derginin ikinci sayısı çıktı. Dergi, "hukuk kültürünün gelişimine ve insan odaklı hukukun üstünlüğü yaklaşımının ülkenin bugününde ve geleceğinde söz sahibi olmasına katkı sağlamayı amaçladığını" söylüyor. Bu sayı Türk Ceza Kanunu özel sayısı olarak planlanmış; ancak başka konularda da değerli yazılar yer alıyor. Bu bağlamda Doç. Dr. Veli Özer Özbek'in "Mağduru koruma ve mağduriyetin giderilmesi", Yard. Doç. Dr. A. İhsan Erdağ'ın "İsnadın İspatı" gibi usul hukuku Yard. Doç. Dr. Ferman Demirkol'un "Azerbaycan Cumhuriyeti'ndeki anayasal gelişmeler" başlıklı anayasa hukuku ile ilgili makalelerini gösterebiliriz. Yeni Ceza Kanunu ile ilgili çok sayıda görüş uygulayıcılara yol gösterebilecektir.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin iki aylık hazırlık sürecinde, Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunan yasalar, tüzükler ve yönetmelikler, yayımlanma tarih ve numarası ile yayımlanmaktadır. Bunlardan yargı ile ilgili olanlarla, meslektaşlarımız için hemen gerekli olabileceğini düşündüklerimizin tam metinlerine **Ekler** bölümünde yer verilmektedir. Bütün Dergi için olduğu gibi bu bölüm de ihtiyaçlarınıza ve isteklerinize göre şekillenecektir

YASALAR

RG 26 Ekim 2004/25625

- 5238 Türkiye Cumhuriyeti ile Lüksemburg Büyük Dükalığı Arasında Sosyal Güvenlik Sözleşmesi'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5239 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti Sağlık Bakanlığı ile Kosova Geçici Özyönetim Kurumları (Sağlık Bakanlığı) Adına Görev Yapan Birleşmiş Milletler Kosova Geçici Yönetimi Arasında Sağlık Alanında İşbirliği Anlaşması'nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5240 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Sırbistan ve Karadağ Bakanlar Kurulu Arasında Turizm Alanında İşbirliği Anlaşması'nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5241 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Petrol, Gaz ve Maden Kaynakları Alanında İşbirliğine Dair Protoko'lün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun
- 5242 Adli Yardım Taleplerinin İletilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi'ne Ek Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5243 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Enerji Alanında İşbirliği Anlaşması'nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5244 Kimberley Süreci Sertifika Sistemine Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5245 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Karadeniz Liman Devleti Kontrolü Sekreteryası Arasında Yönetim Merkezi Anlaşması'nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5246 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Slovenya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Örgütlü Suçlar, Uyuşturucu Madde Kaçakçılığı, Uluslararası Terörizm ve Diğer Ciddi Suçlarla Mücadelede İşbirliği Anlaşması'nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- 5247 Avrupa Birliği ile Türkiye Cumhuriyeti Arasında Türkiye Cumhuriyeti'nin Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti'ndeki Avrupa Birliği Kuvvetine Katılımına İlişkin Anlaşma ve Buna Bağlı Malî Düzenlemenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5248 Türkiye Cumhuriyeti ile Fas Krallığı Arasındaki Serbest Ticaret Anlaşması'nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5249 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Romanya Hükümeti Arasında Kendi Vatandaşlarının ve Ülkelerinde Yasadışı Konumda Bulunan Yabancıların Geri Kabulüne İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5250 Aşırı Derecede Yaralayan ve Ayırım Gözetmeyen Etkileri Bulunan Belirli Konvansiyonel Silahların Kullanımının Yasaklanması veya Sınırlandırılması Sözleşmesi ve Sözleşme'de Yapılan Değişiklik ile Eki I., Tadil Edilmiş II ve IV. Protokollerin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 11 Kasım 2004/25640

- 5254 Güneydoğu Anadolu Projesi Bölge Kalkınma İdaresi Teşkilatı'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 12 Kasım 2004/25641

- 5252 Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun
- 5255 İzmir Kentinde Yapılacak Dünya Üniversitelerarası Spor Oyunları (Universiade) Kanunu
- 5256 Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun
- 5257 Millî Eğitim Temel Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 23 Kasım 2004/25649

- 5253 Dernekler Kanunu

RG 30 Kasım 2004/25656

- 5260 Uluslararası Göç Örgütü Kuruluş Anlaşması'na Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

5261 Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 01 Aralık 2004/25657

5259 Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 03 Aralık 2004/25659

5262 Organik Tarım Kanunu

RG 04 Aralık 2004/25660

5265 Karayolları Trafik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5267 Türkiye Cumhuriyeti ile Lüksemburg Büyük Dükalığı Arasında Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması'nın ve Eki Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5268 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Pakistan İslam Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Sağlık Alanında İşbirliğine Dair Anlaşma'nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 08 Aralık 2004/25664

5269 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Afganistan İslami Geçiş Devleti Arasında Ticaret ve Ekonomik İşbirliği Anlaşması'nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5270 Türkiye Cumhuriyeti Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ve Hırvatistan Cumhuriyeti El Sanatları ve KOBİ Bakanlığı Arasında Düzenlenen Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 09 Aralık 2004/25665

5258 Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun

5263 Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun

5266 Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu ile 491 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 11 Aralık 2004/25667

5264 Sosyal Sigortalar Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 15 Aralık 2004/25671

5273 Arsa Ofisi Kanunu ve Toplu Konut Kanunu'nda Değişiklik Yapılması ile Arsa Ofisi Genel Müdürlüğü'nün Kaldırılması Hakkında Kanun

5274 Türk Ticaret Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

TÜZÜKLER

RG 12 Kasım 2004/25642

2004/8057 Tekel Dışı Bırakılan Patlayıcı Maddelerle Av Malzemesi ve Benzerlerinin Üretimi, İthali, Taşınması, Saklanması, Depolanması, Satışı, Kullanılması, Yok Edilmesi, Denetlenmesi Usul ve Esaslarına İlişkin Tüzükte Değişiklik Yapılmasına Dair Tüzük

RG 13 Kasım 2004/25642

2004/8061 Gıda Maddelerinin ve Umumi Sağlığı İlgilendiren Eşya ve Levazımın Hususi Vasıflarını Gösteren Tüzükte Değişiklik Yapılmasına Dair Tüzük

RG 02 Aralık 2004/25658

2004/8109 Tapu Sicili Tüzüğü'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tüzük

YÖNETMELİKLER

RG 16 Ekim 2004/25615

- Adli Sicil Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sakarya Üniversitesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 17 Ekim 2004/25616

- Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 18 Ekim 2004/25617

- Ücret Garanti Fonu Yönetmeliği

RG 19 Ekim 2004/25618

2004/7928 Resmi Mühür Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Yetiştirilmek Amacıyla Yurt Dışına Gönderilecek Başbakanlık Personeli Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
Düzeltilme (Ücret Garanti Fonu Yönetmeliği ile İlgili)

RG 20 Ekim 2004/25619

2004/7955 Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılınması Hakkında Yönetmelik'in Yürürlüğe Konulması Hakkında Karar

- Dağ Mihmandarlığı Yönetmeliği
- Türkiye İş Kurumu İstihdam ve Meslek Uzmanları ile Yardımcılarının Mesleğe Alınması İçin Yapılacak Yarışma ve Yeterlik Sınavları ve Çalışma Usul ve Esasları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

RG 21 Ekim 2004/25620

- Araçların İmal, Tadil ve Montajı Hakkında Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı İlköğretim Kurumları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Ekim 2004/25622

- Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kültür ve Turizm Uzman ve Uzman Yardımcılığı Sınav, Atanma, Görev ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çevre ve Ormancılık Şûrası Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 24 Ekim 2004/25623

- Badminton Müsabaka Yönetmeliği
- Türkiye Vagon Sanayii Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliği

RG 25 Ekim 2004/25624

- Gemiadamları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Ekim 2004/25625

- Elektrik Piyasası Serbest Tüketici Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Veteriner Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Ekim 2004/25627

- Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü Sicil Raporu Vermeye Yetkili Amirler Yönetmeliği
- Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü Sözleşmeli Personel Sicil ve Başarı Değerlemesi Raporu Vermeye Yetkili Amirler Yönetmeliği

RG 02 Kasım 2004/25631

- Yabancı Uyruklu Kişilerle Evlenen Subay ve Astsubaylar Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- TC Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü Personelinin Görevde Yükselme Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Ders Kitapları ve Eğitim Araçları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Kasım 2004/25632

- Elektrik Piyasası Dengeleme ve Uzlaştırma Yönetmeliği
- Galatasaray Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 07 Kasım 2004/25636

- Gemiadamları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 08 Kasım 2004/25637

- Yaban Hayatı Koruma ve Yaban Hayatı Geliştirme Sahaları ile İlgili Yönetmelik

RG 09 Kasım 2004/25638

- Atılım Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Kasım 2004/25639

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Sponsorluk Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Petrolleri A. O. Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Bankaların Kuruluş ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özel Finans Kurumlarının Kuruluş ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik İletim Sistemi Arz Güvenirliği ve Kalitesi Yönetmeliği

RG 11 Kasım 2004/25640

- Bitki Çeşitlerinin Tescil Edilmesine İlişkin Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hayvan Irklarının Tesciline İlişkin Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Kasım 2004/25641

- Ölçü ve Ölçü Aletleri Tip Onay Belgesi Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Ölçü ve Ölçü Aletleri Muayene Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 13 Kasım 2004/25642

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Özerk Spor Federasyonları Çerçeve Statüsü'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Statü
- Sinema Filmlerinin Desteklenmesi Hakkında Yönetmelik
- Gümrük Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tütün Mamulleri, Alkol ve Alkollü İçkilerin Toptan ve Perakende Satışı ile Satış Belgelerine İlişkin Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- PTT Biriktirme ve Yardım Sandığı Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 17 Kasım 2004/25643

2004/8073 Toplu Konut İdaresi Kaynaklarının Kullanım Şekline İlişkin Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Petrol Piyasasında Ulusal Marker Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

RG 19 Kasım 2004/25645

- Türk Medeni Kanunu'na Göre Kurulan ve Genel Kurulu Olan Vakıfların Genel Kurul Toplantılarına Katılacak Vakıflar Genel Müdürlüğü Temsilcilerine İlişkin Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Kaymakam Adayları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Deniz Ticaret Filosunun Geliştirilmesi ve Gemi İnşa Tesislerinin Teşviki Hakkındaki Kanun'un Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Kasım 2004/25646

- Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Yurtiçi Satış Yönetmeliği
- Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü Yurt İçinde İşe Yerleştirme Hizmeti Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 21 Kasım 2004/25647

- Bahçeşehir Üniversitesi Sürekli Eğitim Merkezi Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 22 Kasım 2004/25648

- Ankara Üniversitesi Özel Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi (ÖZEAUM) Yönetmeliği

RG 23 Kasım 2004/25649

- Orman Kanunu'nun 84. Maddesinin Uygulanması Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Kasım 2004/25650

- Gaziosmanpaşa Üniversitesi Kelkit Havzası Araştırmalar Merkezi Yönetmeliği

RG 25 Kasım 2004/25651

- Ankara Üniversitesi Psikiyatrik Kriz Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 27 Kasım 2004/25653

- Balıkçı Gemilerinde Yapılan Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik
- Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliği

RG 29 Kasım 2004/25655

- Muhasebe Uygulama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Danıştay Personelinin Görevde Yükselme Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 30 Kasım 2004/25656

- Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü Sicil Raporu Vermeye Yetkili Amirler Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Av ve Yaban Hayvanı Üretme Yeri ve İstasyonları ile Kurtarma Merkezlerinin Kuruluşu, Yönetimi ve Denetimi Hakkında Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 01 Aralık 2004/25657

- Doğal Mineralli Sular Hakkında Yönetmelik
- Sosyal Sigortalar Kurumu Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

RG 02 Aralık 2004/25658

2004/8125 Resmi Yazışmalarda Uygulanacak Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik

- Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Aralık 2004/25659

2004/8106 Özel Öğrenci Yurtları Yönetmeliği

RG 04 Aralık 2004/25660

- Süleyman Demirel Üniversitesi Bilgisayar Bilimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Öğretim Üyelerinin Akademik Gıysileri Hakkında Yönetmelik

RG 08 Aralık 2004/25664

- Milli Eğitim Bakanlığı Orta Öğretim Kurumları Sınıf Geçme ve Sınav Yönetmeliği

RG 09 Aralık 2004/25665

- Eczaneler ve Eczane Hizmetleri Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kaplıcalar Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doğal Çiçek Soğanlarının Sökümü, Üretimi ve Ticaretine İlişkin Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Disiplin Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Aralık 2004/25666

- Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Öğretim ve Eğitim Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 11 Aralık 2004/25667

- Orman Yangınlarını Söndürme Çalışmaları Esnasında Ölenlere ve Sakatlananlara Ödenecek Tazminata İlişkin Yönetmelik

RG 14 Aralık 2004/25670

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Meslek İçi Eğitim ve Belgelendirme Yönetmeliği

RG 15 Aralık 2004/25671

- Karayolu Taşıma Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tacir ve Sanayiciler Tarafından Üretilen Mal ve Hizmetlerin Azami Fiyat Tarifelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik
- Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gümrük Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Hâkimler ve Cumhuriyet Savcıları Hakkında Uygulanacak Atama ve Nakil Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İdari Yargı Hâkim ve Savcıları Hakkında Uygulanacak Atama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'nin

Ekler bölümü, elimizin altında bulunmasını istediğimiz, ancak gözümüzün önünde bulunmasını istemediğimiz önemli bilgileri, metinleri bünyesinde saklayacaktır. Dergi'nin okunmasını zorlaştıracak, ancak kimilerinin ayrıntılarına önem verdiği uzun metinlere, yasalara, tüzük ve yönetmeliklere burada yer verilecektir.

Biz bu bölüme kendi aramızda, eski evlerin vazgeçilmez temiz, düzenli, ancak göz önünde bulunmayan bölümünden esinlenerek Kiler diyoruz.

Büyük ihtiyaçlara cevap verecek bölümün geleceği de sizlerin öneri ve dilekleriyle şekillenecektir.

DERNEKLER KANUNU

Kanun No: 5253

Kabul Tarihi: 4.11.2004

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam ve Tanımlar

Amaç ve Kapsam

Madde 1. Bu Kanun'un amacı; dernekler, dernek şube veya temsilcilikleri, federasyonlar, konfederasyonlar ve yabancı dernekler ile merkezleri yurt dışında bulunan dernek ve vakıf dışındaki kar amacı gütmeyen kuruluşların Türkiye'deki şube veya temsilciliklerinin yasak ve izne tabi faaliyetlerini, yükümlülüklerini, denetimlerini ve uygulanacak cezalar ile derneklere ilişkin diğer hususları düzenlemektir.

Tanımlar

Madde 2. Bu Kanun'un uygulanmasında;

a. Dernek: Kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya

tüzel kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarını,

b. Derneğin Yerleşim Yeri: Derneğin yönetim faaliyetlerinin yürütüldüğü yeri,

c. Dernek Merkezi: Derneğin yerleşim yerinin bulunduğu il veya ilçeyi,

d. Mülki İdare Amiri: Dernek merkezinin bulunduğu yerin vali veya kaymakamını,

e. Dernekler Birimi: İllerde il dernekler müdürlüğünü, ilçelerde dernekler büro şefliğini,

f. Platform: Derneklerin kendi aralarında veya vakıf, sendika ve benzeri sivil toplum kuruluşlarıyla ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere girişim, hareket ve benzeri adlarla oluşturdukları tüzel kişiliği bulunmayan geçici nitelikteki birliklikleri,

g. Üst Kuruluş: Derneklerin oluşturduğu tüzel kişiliği bulunan federasyonları ve federasyonların oluşturduğu konfederasyonları,

h. Şube: Dernek faaliyetlerinin yürütülebilmesi için bir derneğe bağlı

olarak açılan, tüzel kişiliği olmayan ve bünyesinde organları bulunan alt birimi,

i. Temsilcilik: Dernek faaliyetlerinin yürütülebilmesi için bir derneğe bağlı olarak açılan, tüzel kişiliği ve bünyesinde organları bulunmayan alt birimi, ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Genel Hükümler

Dernek Kurma Hakkı

Madde 3. Fiil ehliyetine sahip gerçek veya tüzel kişiler, önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir.

Ancak, Türk Silahlı Kuvvetleri ve kolluk kuvvetleri mensupları ile kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri hakkında özel kanunlarında getirilen kısıtlamalar saklıdır.

On beş yaşını bitiren ayırt etme gücüne sahip küçükler; toplumsal, ruhsal, ahlaki, bedensel ve zihinsel yetenekleri ile spor, eğitim ve öğretim haklarını, sosyal ve kültürel varlıklarını, aile yapısını ve özel yaşantılarını korumak ve geliştirmek amacıyla yasal temsilcilerinin yazılı izni ile çocuk dernekleri kurabilir veya kurulmuş çocuk derneklerine üye olabilirler.

On iki yaşını bitiren küçükler yasal temsilcilerinin izni ile çocuk derneklerine üye olabilirler ancak yönetim ve denetim kurullarında görev alamazlar.

Çocuk derneklerine on sekiz yaşından büyükler kurucu veya üye olamazlar.

Dernek Tüzüğü

Madde 4. Her derneğin bir tüzüğü bulunur. Bu tüzükte aşağıda gösterilen hususların belirtilmesi zorunludur:

- a. Derneğin adı ve merkezi.
- b. Derneğin amacı ve bu amacı gerçekleştirmek için derneğe sürdürülecek çalışma konuları ve çalışma biçimleri ile faaliyet alanı.
- c. Derneğe üye olma ve üyelikten çıkmanın şart ve şekilleri.
- d. Genel kurulun toplanma şekli ve zamanı.
- e. Genel kurulun görevleri, yetkileri, oy kullanma ve karar alma usul ve şekilleri.
- f. Yönetim ve denetim kurullarının görev ve yetkileri, ne suretle seçileceği, asıl ve yedek üye sayısı.
- g. Derneğin şubesinin bulunup bulunmayacağı, bulunacak ise şubelerin nasıl kurulacağı, görev ve yetkileri ile dernek genel kurulunda nasıl temsil edileceği.
- h. Üyelerin ödeyecekleri giriş ve yıllık aidat miktarının belirlenme şekli.
 1. Derneğin borçlanma usulleri.
 - j. Derneğin iç denetim şekilleri.
 - k. Tüzüğün ne şekilde değiştirileceği.
 1. Derneğin feshi halinde mal varlığının tasfiye şekli.

Uluslararası Faaliyet

Madde 5. Dernekler, tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere uluslararası faaliyette veya işbir-

liğinde bulunabilir, yurt dışında temsilcilik veya şube açabilir, yurt dışında dernek veya üst kuruluş kurabilir veya yurt dışında kurulmuş dernek veya kuruluşlara katılabilirler.

Yabancı dernekler, Dışişleri Bakanlığı'nın görüşü alınmak suretiyle İçişleri Bakanlığı'nın izniyle Türkiye'de faaliyette veya işbirliğinde bulunabilir, temsilcilik veya şube açabilir, dernek veya üst kuruluş kurabilir veya kurulmuş dernek veya üst kuruluşlara katılabilirler.

Tüzel Kişilerin Oy Kullanması

Madde 6. Tüzel kişinin üye olması halinde, tüzel kişinin yönetim kurulu başkanı veya temsille görevlendireceği kişi oy kullanır. Bu kişinin başkanlık veya temsil görevi sona erdiğinde, tüzel kişi adına oy kullanacak kimse yeniden belirlenir.

Şube Genel Kurulları

Madde 7. Şube genel kurulları olan toplantılarını merkez genel kurulu toplantısından en az iki ay önce bitirmek zorundadırlar.

Federasyon ve Konfederasyonlar

Madde 8. Federasyonların üye sayısının beşten ve konfederasyonların üye sayısının üçten aşağı düştüğü ve bu durum üç ay içinde giderilmediği takdirde haklarında kendiliğinden sona erme hükümleri uygulanır.

Federasyonlar ve konfederasyonlar temsilcilik dışında her ne ad altında olursa olsun, başka bir örgüt kuramazlar.

İç denetim

Madde 9. Derneklerde iç denetim esastır. Genel kurul, yönetim kurulu veya denetim kurulu tarafından iç denetim yapılabilmesi gibi, bağımsız denetim kuruluşlarına da denetim yaptırılabilir. Genel kurul, yönetim kurulu veya bağımsız denetim kuruluşlarınca denetim yapılmış olması, denetim kurulunun yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

Denetim kurulu; derneğin, tüzüğünde gösterilen amaç ve amacın gerçekleştirilmesi için sürdürüleceği belirtilen çalışma konuları doğrultusunda faaliyet gösterip göstermediğini, defter, hesap ve kayıtların mevzuata ve dernek tüzüğüne uygun olarak tutulup tutulmadığını, dernek tüzüğünde tespit edilen esas ve usullere göre ve bir yılı geçmeyen aralıklarla denetler ve denetim sonuçlarını bir rapor halinde yönetim kuruluna ve toplandığında genel kurula sunar.

Denetim kurulu üyelerinin istemi üzerine, her türlü bilgi, belge ve kayıtların, dernek yetkilileri tarafından gösterilmesi veya verilmesi, yönetim yerleri, müesseseler ve eklentilerine girme isteğinin yerine getirilmesi zorunludur.

Yardım ve İşbirliği

Madde 10. Dernekler, tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere, benzer amaçlı derneklerden, siyasi partilerden, işçi ve işveren sendikalarından ve mesleki kuruluşlardan maddi yardım alabilir ve adı geçen kurumlara maddi yardımda bulunabilirler.

5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun hükümleri saklı

kalmak üzere, dernekler kamu kurum ve kuruluşları ile görev alanlarına giren konularda ortak projeler yürütebilirler. Bu projelerde kamu kurum ve kuruluşları, proje maliyetlerinin en fazla yüzde ellisi oranında aynı veya nakdi katkı sağlayabilirler.

Gelir ve Giderlerde Usul ile Dernek Defterleri

Madde 11. Dernek gelirleri alındı belgesi ile toplanır ve giderler harcama belgesi ile yapılır. Dernek gelirlerinin bankalar aracılığı ile toplanması halinde banka tarafından düzenlenen dekont veya hesap özeti gibi belgeler alındı belgesi yerine geçer. Alındı belgeleri ve harcama belgelerinin saklama süresi beş yıldır.

Dernek gelirlerinin toplanmasında kullanılacak alındı belgeleri yönetim kurulu kararı ile bastırılır. Alındı belgelerinin şekli, bastırılması, onaylanması ve kullanılması ile dernek gelirlerinin toplanmasında kullanılacak yetki belgesine ilişkin hususlar yönetmelikte düzenlenir.

Dernek gelirlerini toplayacak kişiler yönetim kurulu kararıyla belirlenir ve bunlar adına yetki belgesi düzenlenir.

Dernekler tarafından tutulacak defter ve kayıtlar ile ilgili usul ve esaslar yönetmelikte düzenlenir. Bu defterlerin dernekler biriminden ya da noterden onaylı olması zorunludur.

Sandık Kurma

Madde 12. Dernekler, tüzüklerinde yazılı olmak ve sağlanan karı üyelerine paylaştırmamak, gelir, faiz veya başka adlarla üyelerine aktarmamak şartıyla üyelerinin yiyecek, giyecek gibi zaruri

ihtiyaç maddelerini ve diğer mal ve hizmetlerle kısa vadeli kredi ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla sandık kurabilirler.

Bu sandıkların kuruluş ve çalışma esasları yönetmelikte düzenlenir.

Dernek Görevlileri ve Ücretleri

Madde 13. Üye sayısının 100 kişiden çok olması şartıyla dernek hizmetleri gönüllüler veya yönetim kurulu kararı ile göreve başlatılan ücretliler aracılığıyla yürütülür.

Dernek yönetim ve denetim kurulunun kamu görevlisi olmayan başkan ve üyelerine ücret verilebilir. Verilecek ücret ile her türlü ödenek, yolluk ve tazminatlar genel kurul tarafından tespit olunur. Yönetim ve denetim kurulu üyeleri dışındaki üyelere ücret, huzur hakkı veya başka bir ad altında herhangi bir karşılık ödenemez.

Dernek hizmetleri için görevlendirilecek üyelere verilecek gündelik ve yolluk miktarları genel kurul tarafından tespit olunur.

Gençlik ve Spor Kulüpleri

Madde 14. Derneklerden başvuruları halinde; spor faaliyetine yönelik olanlar spor kulübü, boş zamanları değerlendirme faaliyetine yönelik olanlar gençlik kulübü ve her iki faaliyeti birlikte amaçlayanlar gençlik ve spor kulübü adını alır. Bu kulüpler, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nce tutulacak kütüğe kayıt ve tescil edilir.

Kulüplerin organları, bu organların görev ve yetkileri, kulüplerin Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nce de denetlenmesi ve bunlara yapılacak yardımların şekil ve şartları, üst kuruluş oluşturma-

ekler

da uyulacak esas ve usuller, gençlik ve spor faaliyetlerini yürüteceklerin nite-likleri ve bunlara uygulanacak disiplin işlemleri, kulüplerin kayıt ve tesciline ilişkin esaslar İçişleri Bakanlığı'nun uygun görüşü üzerine Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün bağlı olduğu bakanlıkça yürürlüğe konulacak yö-netmelikte düzenlenir.

Tasfiye

Madde 15. Genel kurul kararı ile fes-hedilen veya kendiliğinden sona erdiği tespit edilen derneğin para, mal ve hak-larının tasfiyesi, tüzüğünde gösterilen esaslara göre yapılır. Tüzükte tasfiyenin ne şekilde yapılacağına genel kurul ka-rarına bırakıldığı hallerde, genel kurul tarafından bir karar alınmamış veya genel kurul toplanamamışsa, yahut der-nek mahkeme kararı ile feshedilmişse, derneğin bütün para, mal ve hakları, mahkeme kararıyla derneğin amacına en yakın ve kapatıldığı tarihte en fazla üyeye sahip derneğe devredilir.

Kendiliğinden sona erdiği tespit edilen veya feshine karar verilen derneklerin tasfiye ve devir işlemleri tamamlandıktan sonra dernekler kütü-gündeki kayıtları silinir.

Feshedilmesi için hakkında soruş-turma veya dava açılmış olan bir der-nek, fesih ve buna bağlı olarak dernek mallarının devrine dair bir karar aldığı takdirde, soruşturma ve dava sonuçla-nıncaya kadar devir işlemi yapılmaz.

Tasfiye işlemleri sonucu derneklerin defter ve belgelerinin saklanma usulü, süresi ve tasfiyeye ilişkin gerekli belge-ler yönetmelikte düzenlenir.

Basımevlerinin Sorumluluğu

Madde 16. Basımevleri, dernek ge-lirlerinin toplanmasında kullanılacak

alındı belgelerini bastıktan sonra, bu belgelerin seri ve sıra numaralarını on beş gün içinde mülki idare amirliğine bildirmek zorundadır.

Hata ve Noksanlıkların Giderilmesi

Madde 17. Derneklerin iş ve işlemlerinde, bu Kanun ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile bunlara dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerin hükümlerine aykırılık tespit edilmesi halinde, konusu suç teşkil etmeyen hata ve noksanlıkların mülki idare amirinin yazılı istemi üzerine, ilgili dernek tarafından otuz gün içerisinde giderilmesi zorunludur.

Yargılama Usulü

Madde 18. Bu Kanunla ilgili olarak hukuk mahkemelerinde bakılacak davalarda basit yargılama usulü uygulanır.

Bu Kanun hükümlerine aykırı dav-ranan failler hakkındaki soruşturma ve kovuşturma, yer ve zaman kaydı aran-maksızın 3005 sayılı Meşhud Suçların Muhakeme Usulü Kanunu hükümlerine göre yapılır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Denetim ve Bildirimler

Beyanname Verme Yükümlülüğü ve Denetim

Madde 19. Dernekler, yıl sonu iti-barıyla faaliyetlerini, gelir ve gider iş-lemlerinin sonuçlarını düzenleyecekleri beyanname ile her yıl Nisan ayı sonuna kadar mülki idare amirliğine vermekle yükümlüdürler. Beyannamenin dü-zenlenmesine ilişkin esas ve usuller yönetmelikte düzenlenir.

Gerekli görülen hallerde, dernek-lerin tüzüklerinde gösterilen amaçlar

doğrultusunda faaliyet gösterip göstermedikleri, defterlerini ve kayıtlarını mevzuata uygun olarak tutup tutmadıkları İçişleri Bakanı veya mülki idare amiri tarafından denetletilebilir. Bu denetimlerde kolluk kuvveti mensupları görevlendirilemez. İçişleri Bakanlığı ve mülki idare amirlerinin yapacağı denetimler mesai saatleri içerisinde yapılır. Bu denetimler en az yirmi dört saat önce derneklere bildirilir.

Denetim sırasında görevli memurlar tarafından istenecek her türlü bilgi, belge ve kayıtların, dernek yetkilileri tarafından gösterilmesi veya verilmesi, yönetim yerleri, müesseseler ve eklentilerine girme isteğinin yerine getirilmesi zorunludur.

Denetim sırasında, suç teşkil eden fiillerin tespit edilmesi halinde, mülki idare amiri durumu derhal Cumhuriyet Savcılığı'na ve derneğe bildirir.

Kolluk Kuvvetlerinin Yetkisi

Madde 20. Kamu düzeninin korunması veya suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden birine bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça, yine bu nedenlere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda mülki idare amirinin yazılı emri bulunmadıkça, kolluk kuvvetleri, dernek ve eklentilerine giremez, arama yapamaz ve buradaki eşyaya el koyamaz. Mülki idare amirinin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar. Hakim kararı, mülki idare amiri tarafından dernek yöneticilerine yazıyla duyurulur.

Yurt Dışından Yardım Alınması

Madde 21. Dernekler mülki idare amirliğine önceden bildirimde bulunmak şartıyla yurt dışındaki kişi, kurum ve kuruluşlardan aynı ve nakdi yardım alabilirler. Bildirimin şekli ve içeriği yönetmelikte düzenlenir. Nakdi yardımların bankalar aracılığıyla alınması zorunludur.

Taşınmaz Mal Edinme

Madde 22. Dernekler genel kurullarının yetki vermesi üzerine yönetim kurulu kararıyla taşınmaz mal satın alabilir veya taşınmaz mallarını satabilirler. Dernekler edindikleri taşınmazları, tapuya tescilinden itibaren bir ay içinde mülki idare amirliğine bildirmekle yükümlüdürler.

Genel Kurul Toplantısı ve Organlara Seçilenlerin İdareye Bildirilmesi

Madde 23. Dernekler, genel kurulu izleyen otuz gün içinde, yönetim kurulu ve denetim kurulu ile derneğin diğer organlarına seçilen asıl ve yedek üyeleri mülki idare amirliğine bildirmekle yükümlüdür. Dernek organlarında ve yerleşim yerinde meydana gelen değişiklikler de aynı usule tabidir. Genel kurul sonuç bildiriminin şekli, içeriği ve gerekli belgeler yönetmelikte düzenlenir.

Temsilcilik

Madde 24. Dernekler, gerekli gördükleri yerlerde dernek faaliyetlerini yürütmek amacıyla temsilcilik açabilirler. Temsilcilikler, şube veya dernek genel kurullarında temsil edilmezler.

ekler

Şubeler temsilcilik açamazlar. Temsilciliğin adresi, yönetim kurulu kararıyla temsilci olarak görevlendirilen kişi veya kişiler tarafından o yerin mülki idare amirliğine yazılı olarak bildirilir.

Platform Oluşturma

Madde 25. Dernekler, amaçları ile ilgisi bulunan ve kanunlarla yasaklanmayan alanlarda, kendi aralarında veya vakıf, sendika ve benzeri sivil toplum kuruluşlarıyla ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere ve yetkili organlarının kararı ile platformlar oluşturabilirler.

Platformlar, kanunların dernekler için yasakladığı amaç ve faaliyet konuları doğrultusunda kurulamazlar ve faaliyet gösteremezler. Bu yasağa aykırı hareket edenler hakkında, bu Kanun ve ilgili kanunların cezai hükümleri uygulanır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İzne Tabi Faaliyetler

Derneklerin İzinle Kurabileceği Tesisler

Madde 26. Derneklerin, tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere, eğitim ve öğretim faaliyetleri için yurt, pansiyon; üyeleri için lokal açmaları ve lokallerinde alkollü içki kullanılması ile bu tesislerin işletilmesi mülki idare amirinden izin almalarına bağlıdır. Bu tesislerin açılması, işletilmesi ve kapatılmasına ilişkin esas ve usuller yönetmelikte düzenlenir.

Kamu Yararına Çalışan Dernekler

Madde 27. Kamu yararına çalışan dernekler, ilgili bakanlıkların ve Maliye Bakanlığı'nın görüşü üzerine, İçişleri Bakanlığı'nın teklifi ve Bakanlar Kurulu

kararıyla tespit edilir. Bir derneğin kamu yararına çalışan derneklerden sayılabilmesi için, en az bir yıldan beri faaliyette bulunması ve derneğin amacı ve bu amacı gerçekleştirmek üzere giriştiği faaliyetlerin topluma yararlı sonuçlar verecek nitelikte ve ölçüde olması şarttır.

Kamu yararına çalışan dernek statüsünün kazanılması, kaybedilmesi ve gerekli belgeler ile diğer esas ve usuller yönetmelikte düzenlenir.

Kamu yararına çalışan dernekler en az iki yılda bir denetlenir. Yapılan denetimler sonucunda düzenlenen raporlar üzerine, kamu yararına çalışan derneklerin organlarında görev alan üyeler veya ilgili personel, ağır hapis veya ağır para cezası verilmesini gerektiren suçların işlendiğinin tespit edilmesi halinde, geçici bir tedbir olarak İçişleri Bakanı'nca görevden uzaklaştırılabilir. Görevden uzaklaştırılanların yerlerine, kesin hükme kadar, öncelikle dernek üyelerinden olmak üzere görevlendirme yapılır.

Kamu yararına çalıştıklarına karar verilen dernekler, denetimler sonunda bu niteliklerini kayb ettikleri tespit edilirse, birinci fıkrada öngörülen usulle haklarında alınan kamu yararına çalışan derneklerden sayılma kararı kaldırılır.

Türkiye Kızılay Derneği ve Türk Hava Kurumu'nun tüzüklerini onaylamaya Bakanlar Kurulu yetkilidir.

Kamu yararına çalışan derneklerin mallarına karşı suç işleyenler devlet malına karşı suç işlemiş gibi cezalandırılır.

Dernek Adları

Madde 28. Dernek adlarında; Türk, Türkiye, Milli, Cumhuriyet, Atatürk, Mustafa Kemal kelimeleri ile bunların

baş ve sonlarına getirilen eklerle oluşturulan kelimeler İçişleri Bakanlığının izni ile kullanılabilir.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Yasaklar

Bazı Ad ve İşaretleri Kullanma Yasağı

Madde 29. Derneklerin, mevcut veya mahkeme kararıyla kapatılmış veya feshedilmiş bir siyasi partinin, bir sendikanın veya üst kuruluşun, bir derneğin veya üst kuruluşun adını, amblemini, rumuzunu, rozetini ve benzeri işaretleri ya da başka bir ülkeye ve daha önce kurulmuş Türk devletlerine ait bayrak, amblem ve flamaları kullanmaları yasaktır.

Kurulması Yasak Olan Dernekler ve Yasak Faaliyetler

Madde 30. Dernekler;

a. Tüzüklerinde gösterilen amaç ve bu amacı gerçekleştirmek üzere sürdürüleceği belirtilen çalışma konuları dışında faaliyette bulunamazlar.

b. Anayasa ve kanunlarla açıkça yasaklanan amaçları veya konusu suç teşkil eden fiilleri gerçekleştirmek amacıyla kurulamaz.

c. Askerliğe, milli savunma ve genel kolluk hizmetlerine hazırlayıcı öğretim ve eğitim faaliyetlerinde bulunamaz, bu amaçları gerçekleştirmek üzere kamp veya eğitim yerleri açamazlar. Üyeleri için özel kıyafet veya üniforma kullanamazlar.

Kayıt ve Yazışma Dili

Madde 31. Dernekler, defterlerinde ve kayıtlarında ve Türkiye Cumhuriyeti'nin resmi kurumlarıyla yazışmalarında Türkçe kullanırlar.

ti'nin resmi kurumlarıyla yazışmalarında Türkçe kullanırlar.

ALTINCI BÖLÜM

Ceza Hükümleri

Ceza Hükümleri

Madde 32. Bu Kanuna aykırı davranışlara uygulanacak cezalar aşağıda belirtilmiştir:

a. Dernek kurma hakkına sahip olmadıkları halde dernek kuranlar veya derneklere üye olmaları kanunlarla yasaklandığı halde dernek üyesi olanlar ile derneklere üye olması kanunlarla yasaklanmış kişileri bilerek dernek üyeliğine kabul eden veya kaydını silmeyen veya dernek üyesi iken derneklere üye olma hakkını kaybeden kişileri dernek üyeliğinden silmeyen dernek yöneticileri beşyüzmilyon lira idari para cezası ile cezalandırılır.

b. Genel Kurul toplantılarını kanun ve tüzük hükümlerine aykırı olarak veya dernek merkezinin bulunduğu veya tüzüğünde belirtilen yer dışında yapan dernek yöneticileri beşyüzmilyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır. Mahkemece, kanun ve tüzük hükümlerine aykırı olarak yapılan genel kurul toplantılarının iptaline de karar verilebilir.

c. Yurt dışı yardımı bankalar aracılığıyla almayan dernek yöneticilerine, bu şekilde alınan paranın yüzde beşi oranında idari para cezası verilir.

d. Derneğe ait tutulması gereken defter veya kayıtları tutmayan dernek yöneticileri beşyüzmilyon lira idari para cezası ile cezalandırılır.

e. Genel kurul ve diğer dernek organlarında yapılan seçimler ve oylamalar ile oyların sayım ve dökümüne

ekler

hile karıştırılanlar ve defter veya kayıtları tahrif veya yok edenler veya gizleyenler, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde altı aydan iki yıla kadar hapis ve beşyüzmilyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

f. Her ne suretle olursa olsun kendisine tevdi olunan derneğe ait para veya para hükmündeki evrak, senet veya sair malları kendisinin veya başkasının menfaatine olarak sarf veya istihlak veya rehneden veya satan, gizleyen, imha, inkar, tahrif veya tağyir eden yönetim kurulu başkanı ve üyeleri veya denetçiler ile derneğin diğer personeli fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, altı aydan iki yıla kadar hapis ve beşyüzmilyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

g. Yetkili mercilerin izni olmaksızın yabancı derneklerin Türkiye’de temsilciliklerini veya şubelerini açanlar, faaliyetlerini yürütenler, bu derneklerle işbirliğinde bulunanlar veya bu dernekleri üye kabul edenler beşyüzmilyon liraya kadar para cezası ile cezalandırılır ve izinsiz açılan şube veya temsilciliğin de kapatılmasına karar verilir.

h. 16. maddede belirtilen bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen basımevi yöneticileri beşyüzmilyon lira idari para cezası ile cezalandırılır.

ı. 17. maddede yer alan zorunluluğa uymayanlar yüz milyon lira idari para cezası ile cezalandırılır.

j. 19. maddede belirtilen beyannameyi bilerek gerçeğe aykırı olarak verenler üç milyar liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

k. 9 ve 19. maddelerin 3. fıkralarındaki zorunluluğa uymayanlar beşyüzmilyon lira idari para cezası ile cezalandırılır.

l. 21, 22, 23 ve 24. maddelerde belirtilen bildirim yükümlülüğünü, 19. maddede belirtilen beyanname verme yükümlülüğünü yerine getirmeyen dernek yöneticileri beşyüzmilyon lira idari para cezası ile cezalandırılır.

m. 26. maddede belirtilen tesisleri izinsiz açan dernek yöneticileri, beşyüz milyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır ve tesisin kapatılmasına da karar verilebilir.

n. 29. maddede belirtilen yasaklara, yazılı olarak uyarılmalarına rağmen, aykırı hareket eden dernek yöneticileri, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde beşyüzmilyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır ve derneğin feshine de karar verilir.

o. 30. maddenin (a) bendinde belirtilen yasağa aykırı hareket eden dernek yöneticileri beşyüzmilyon liradan bir milyar liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır, tekerrürü halinde ağır para cezası yarı nispetinde artırılarak hükmolunur. Aynı maddenin (c) bendine aykırı faaliyette bulunan dernek yöneticileri, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, bir yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır ve tesisin kapatılmasına da karar verilir.

p. 30. maddenin (b) bendinde belirtilen kurulması yasak dernekleri kuranlar ile bu bende aykırı harekette bulunan dernek yöneticileri fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşyüz milyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır ve derneğin feshine de karar verilir.

r. 31. maddede öngörülen zorunluluğa uymayanlar bir milyar lira idari para cezası ile cezalandırılır.

Cezaların Uygulanması

Madde 33. Bu Kanun'da belirtilen cezalar çocuk dernekleri hakkında, yazılı olarak uyarılmasına rağmen tekrar edilmesi halinde uygulanır.

Bu Kanun'un 32. maddesinde geçen "*dernek yöneticileri*" ibareleri dernek yönetim kurulu başkanını ifade eder.

Bu Kanun'da yazılı olan idari para cezaları mülki idare amiri tarafından verilir. Verilen idari para cezalarına dair kararlar ilgililere 7201 sayılı Tebliğ Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir.

Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir. İtiraz, zaruret görülme hallerde evrak üzerinde inceleme yapılarak en kısa sürede sonuçlandırılır.

Bu Kanun'a göre verilen idari para cezaları 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil olunur.

YEDİNCİ BÖLÜM

Diğer Hükümler

Cemiyetler ve Dernekler Kanunlarına Yapılan Atıflar

Madde 34. Diğer kanunlarda, 3512 sayılı Cemiyetler Kanunu, 1630 sayılı Dernekler Kanunu veya 2908 sayılı Dernekler Kanunu ile bunların ek ve değişikliklerine veya belli maddelerine yapılan atıflar, bu Kanun'a veya bu Kanun'un aynı konuları düzenleyen madde veya maddelerine yapılmış sayılır. Bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde aynı konuları düzenleyen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümlerine atıf yapılmış sayılır.

Kanunun Mesleki Kuruluşlara Uygulanacak Hükümleri

Madde 35. Bu Kanun'un 19, 20, 23, 26, 28, 29, 30 ve 31. maddeleri özel kanunlarında hüküm bulunmamak kaydıyla kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile işçi ve işveren sendikaları ve üst kuruluşları için de ceza hükümleriyle birlikte uygulanır.

Uygulanacak Hükümler

Madde 36. Bu Kanun hükümleri; yabancı dernekler ile merkezleri yurt dışında bulunan dernek ve vakıf dışındaki kar amacı gütmeyen kuruluşların Türkiye'deki şube veya temsilcilikleri hakkında da ceza hükümleri ile birlikte uygulanır. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun hükümleri uygulanır.

Yönetmelik

Madde 37. Bu Kanun'un ilgili maddelerinde düzenlenmesi öngörülen yönetmelikler İçişleri Bakanlığı'nca, kulüp adını alan derneklerle ilgili yönetmelik ise Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün bağlı olduğu bakanlıkça en geç altı ay içinde *Resmî Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe konulur. Bu yönetmelikler çıkarılıncaya kadar mevcut yönetmeliklerin bu Kanun'a aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

Değiştirilen ve Yürürlükten Kaldırılan Hükümler

Madde 38.

A. 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 62. maddesi ve 74. maddesinin 2. fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 62. Dernekler, 60. maddenin son fıkrası gereğince yapılan yazılı bildirimini izleyen altı ay içinde ilk genel kurul toplantılarını yapmak ve zorunlu organlarını oluşturmakla yükümlüdürler.

Olağan genel kurul toplantılarının en geç üç yılda bir yapılması zorunludur.

B. 4721 sayılı Kanun'un 58. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "*yerleşim yeri, kurucuları*", 64. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "*tüzükte başkaca bir düzenleme yoksa*", 77. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "*yerel bir gazete ile ilan edilir ve aynı zamanda ve bir yazıyla*", 92. maddesinde yer alan "*uluslararası alanda işbirliği yapılmasında yarar görülen hallerde ve karşılıklı olmak koşuluyla*" ve 93. maddesinde yer alan "*karşılıklı olmak koşuluyla*" ibareleri madde metinlerinden çıkarılmıştır.

C. 4721 sayılı Kanun'un 61. maddesi ile 79. maddesinin 3. fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

D. 14.2.1985 tarihli ve 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 13/A maddesinin (h) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

h. 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu'na göre düzenlenecek yardım toplama faaliyetleriyle ilgili işlemleri yürütmek.

Derneklerin kaydedileceği dernekler kütüğünün şekli, düzenleme ve kayıt esasları yönetmelikle düzenlenir.

Büyükşehir belediyesi sınırları içinde kalan ilçe kaymakamlıklarında ayrıca ilçe dernekler büro şeflikleri oluşturulmaz.

E. 8.6.1984 tarihli ve 227 sayılı Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde

Kararname'nin ek 3. maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

Vakıfların dış ülkelerdeki gerçek veya tüzel kişilerden veya diğer kuruluşlardan yardım alması, derneklere uygulanan hükümlere tabidir.

F. 23.6.1983 tarihli ve 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu'nun 5. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "*gezi ve eğlenceler düzenlemek*", 24. maddesinin 1. fıkrasındaki "*belirli yerlere kutu koymak*" ibarelerinden sonra gelmek üzere "*veya bilgileri otomatik ya da elektronik olarak işleme tabi tutmuş sistemler kullanmak*" ibaresi eklenmiştir.

G. 2860 sayılı Kanun'un 7. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 7. Yardım toplama faaliyeti bir ilin birden fazla ilçesini kapsıyorsa o ilin valisinden, bir ilçenin sınırları içinde ise o ilçenin kaymakamından izin alınır. Yardım toplama faaliyeti birden fazla ili kapsıyorsa yardım toplama faaliyetine girecek gerçek veya tüzel kişilerin yerleşim yerinin bulunduğu ilin valisinden izin alınır ve izni veren valilik tarafından ilgili valiliklere ve İçişleri Bakanlığı'na bilgi verilir. Yardım toplama faaliyetleriyle ilgili işlemler dernekler birimlerince yürütülür.

H. 6.10.1983 tarihli ve 2908 sayılı Dernekler Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.

Yürürlük

Madde 39. Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

Madde 40. Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

22.11.2004

TÜRK CEZA KANUNUNUN YÜRÜRLÜK VE UYGULAMA ŞEKLİ HAKKINDA KANUN

Kanun No: 5252

Kabul Tarihi: 04.11.2004

BİRİNCİ BÖLÜM

Genel Hükümler

Amaç

Madde 1. (1) Bu Kanun'un amacı, 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe konulmasına ilişkin usul ve esasları belirlemektir.

Kapsam

Madde 2. (1) Bu Kanun, diğer kanunlarda, yürürlükten kaldırılan 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na yapılan yollamaları, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kaldırılan hükümleri ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun uygulanması için diğer kanunlarda yapılan değişiklikleri, yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş suçlar hakkında ne suretle hüküm kurulacağına ve kesinleşmiş cezaların nasıl infaz edileceğine ilişkin hükümleri kapsar.

İKİNCİ BÖLÜM

Uyum Hükümleri

Yollamalar

Madde 3. (1) Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanunu'na yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır.

(2) Mevzuatta, yürürlükten kaldırılmış Türk Ceza Kanunu'nun kitap, bab

ve fasıllarına yapılmış olan yollamalar, o kitap, bab ve fasıl içinde yer almış hükümlerin karşılığını oluşturan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun maddelerine yapılmış sayılır.

Diğer kanunlardaki para cezalarının artırılması ve usulü

Madde 4. (1) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun dışındaki kanunlarda yer alan para cezalarından nispi nitelikteki vergi ve resim cezaları, nispi para cezaları ve tazminat kabilinden değişen orana bağlı bulunan para cezaları hariç olmak üzere, kanun ve tüzüklerde alt ve üst sınırları veya bunlardan birinin gösterildiği veya hiç gösterilmediği veya sabit bir rakam olarak gösterilmiş bulunan para cezalarından (idari ve disiplin para cezaları dahil);

a. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin ilk kurulduğu tarihten önce yürürlüğe girmiş bulunan bütün kanun ve tüzüklerde yazılı olup da, daha sonraki tarihlerde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce miktarına dokunulmamış para cezaları yüz kırkikibinsekizyüzaltmış katına,

b. Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul olunup da;

1. 31.12.1939 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları seksenbeşbinedyüzonbeş katına,

2. 1.1.1940 tarihinden 31.12.1945 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları elliyedibin-yüz kırkbeş katına,

3. 1.1.1946 tarihinden 31.12.1959 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları yirmisekizbinbeşyüzyetmiş katına,

4. 1.1.1960 tarihinden 31.12.1970 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları ondörtbini-kiyüzseksenbeş katına,

ekler

5. 1.1.1971 tarihinden 31.12.1977 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları sekizbinbeş-yüzyetmiş katına,

6. 1.1.1978 tarihinden 31.12.1980 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları ikibinsekiz-yüzaltmış katına,

7. 1.1.1981 tarihinden 31.12.1987 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları bindört-yüzotuz katına,

8. 1.1.1988 tarihinden 31.12.1993 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları kırkdört katına,

9. 17.10.1996 tarihli ve 4199 sayılı, 21.5.1997 tarihli ve 4262 sayılı Kanunlarla değişik 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu istisna olmak üzere, 1.1.1994 tarihinden 31.12.1998 tarihine kadar yürürlüğe girmiş kanunlardaki para cezaları yirmidokuz katına,

10. 1.1.1999 tarihinden 31.12.1999 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları beş katına,

11. 1.1.2000 tarihinden 31.12.2000 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları dört katına,

12. 1.1.2001 tarihinden 31.12.2001 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları üç katına,

13. 1.1.2002 tarihinden 31.12.2002 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları iki katına,

Çıkarılmıştır.

Ağır Para Cezasının Dönüştürülmesi

Madde 5. (1) Özel ceza kanunları ile ceza içeren kanunlarda öngörülen

“ağır para” cezaları, “adli para” cezasına dönüştürülmüştür.

(2) Bu kanunlarda Türk Ceza Kanunu’nda belirlenen cezalar sistemine uygun değişiklik yapıncaya kadar, birinci fıkrada belirtilen kanunlarda alt ve üst sınırlarından birisi veya bunlardan her ikisi gösterilmemiş olmakla birlikte, alt veya üst sınırlar arasında uygulama yapılmasını gerektirir nitelikteki adli para cezalarında cezanın alt sınırı dört-yüzellimilyon, üst sınırı yüz milyar Türk Lirası olarak uygulanır. Bu fıkra hükümleri, nispi nitelikteki adli para cezaları hakkında uygulanmaz.

Ağır Hapis Cezasının Dönüştürülmesi

Madde 6. (1) Özel ceza kanunları ile ceza içeren kanunlarda öngörülen “ağır hapis” cezaları, “hapis” cezasına dönüştürülmüştür.

Hafif Hapis ve Hafif Para Cezalarının Dönüştürülmesi

Madde 7. (1) Özel ceza kanunları ile ceza içeren kanunlarda öngörülen “hafif hapis” cezaları, “hapis” cezasına; “hafif para” cezaları, “adli para” cezasına dönüştürülmüştür.

Yeni Türk Lirası’nın Kullanılması

Madde 8. (1) Türk Ceza Kanunu’nda geçen “Türk Lirası” ibaresi karşılığında, uygulamada, 28.1.2004 tarihli ve 5083 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin Para Birimi Hakkında Kanun hükümlerine göre ülkede tedavülde bulunan para “Yeni Türk Lirası” olarak adlandırıldığı sürece, bu ibare kullanılır.

Lehe Olan Hükümlerin Uygulanmasında Usul

Madde 9. (1) 1 Nisan 2005 tarihinden önce kesinleşmiş hükümlerle ilgili olarak, Türk Ceza Kanunu'nun lehe olan hükümlerinin derhal uygulanabileceği hallerde, duruşma yapılmaksızın da karar verilebilir.

(2) 1. fıkra hükmü, 1 Nisan 2005 tarihinden önce verilip de Yargıtay tarafından lehe olan hükümlerin uygulanması hususunda değerlendirme yapılması gerektiği gerekçesiyle bozularak mahkemesine gönderilen hükümler hakkında da uygulanır.

(3) Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir.

İnfazın Ertelenmesi Veya Durdurulması

Madde 10. (1) 1 Nisan 2005 tarihinden önce kesinleşmiş olan mahkûmiyet kararları hakkında bu Kanun'un lehe olan hükümleri öncelikle dikkate alınarak, 4.4.1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 402. maddesi uyarınca infazın ertelenmesine veya durdurulmasına karar verilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Değiştirilen ve Yürürlükten Kaldırılan Hükümler

Madde 11. (1) 7.11.1979 tarihli ve 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un çeşitli maddelerinde geçen "11 yaş" deyimini "12 yaş" olarak değiştirilmiştir.

Madde 12. (1) Bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla,

a. 26.4.1926 tarihli ve 825 sayılı Ceza Kanunu'nun Mevkii Mer'iyete Vaz'ına Müteallik Kanun,

b. 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu bütün ek ve değişiklikleri ile birlikte,

Yürürlükten kaldırılmıştır.

Yürürlük

Madde 13. (1) Bu Kanunun,

a. "İnfazın ertelenmesi veya durdurulması" başlıklı 10. maddesi hükmü yayımı tarihinde,

b. Diğer hükümleri 1 Nisan 2005 tarihinde,

Yürürlüğe girer.

Yürütme

Madde 14. (1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

12.11.2004

BÖLGE BAROLARI MANİSA TOPLANTISI SONUÇ BİLDİRGESİ

26-27-28 Kasım 2004 günlerinde Manisa'da toplanan Baro Başkan ve temsilcilerinin katıldığı 7. Bölge Baroları Toplantısı'nın sonuç bildirgesini kamuoyuna saygı ile sunarız:

1. Amerika Birleşik Devletleri'nin komşumuz Irak'taki işgali, insanlık dışı bir soykırıma dönüşmüş bulunmaktadır. Irak'ta, Telafer ve Felluce'de yaşanan vahşet, uluslararası hukuk ilkeleri açısından bir insanlık ve savaş

suçu olduğu halde, dünyada demokrasi ve insan haklarının beşiği olarak bilinen AB ülkelerinden ses çıkmamaktadır. Bu savaşa dur demek için Birleşmiş Milletler Örgütü de göreve çağırılmamaktadır.

Buradan bütün dünyaya ve BM örgütüne Amerikan işgalinin ve katliamının durdurulması için harekete geçme çağırışı yapıyoruz.

2. Türkiye'nin AB'ye girişini başlatacak görüşme tarihi verilmesine ilişkin 17 Aralık günü yaklaştıkça, birlik içinden olumsuz sesler yükselmektedir. Türkiye'nin AB'ye girmesi konusunda kendisine düşen bütün görevleri yerine getirmek için gösterdiği olağanüstü çaba ve Gümrük Birliği gibi aleyhine işleyen ekonomik zorluklar göz önünde tutulmak gerekirken diğer yeni üyelere giriş koşulu olarak konulmamış bulunan dayatmaların kabul edilmesi mümkün değildir. AB; Türkiye'yi üyeliğe kabul ettikten sonra var olan sorunları görürşerek çözmek yerine, önce sorunları çözüp sonra üyeliğe kabul etme gibi çifte standart uygulamasından vazgeçmelidir. Özellikle, ulusal egemenlik, ülke bütünlüğü (üniter devlet), Kıbrıs, Ege, sözde Ermeni soykırımı iddiaları, etnik ve dinsel azınlıklar gibi konuların gündeme getirilmesini doğru ve haklı bulmuyoruz..

Türk hukukçuları olarak Lozan Antlaşması'yla hukuksal temele bağlanmış olan Türkiye Cumhuriyeti'nin egemenlik ve diğer tüm dünya devletleriyle eşitlik ilkesine aykırı hiçbir dayatmayı kabul etmeyeceğimizi duyuruyoruz.

3. AB uyum yasaları çerçevesinde yeniden düzenlenen hukuk sistemimizde, CMUK değişiklik tasarısında; sav ve savunmanın yargılamada eşit düzeyde temsili gerekirken, AB ülkelerinden farklı bir şekilde Cumhuriyet Savcısı'nın yerinin ve hukuksal konu-

munun, savunmadan üstte tutulması ve savcının kamunun avukatı konumunda olduğunun gözetilmemesi, bireyi, vatandaşını savunan avukattan farklı yere oturtulması, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan adil yargılanma ilkesine aykırıdır. Ayrıca, hukuksal eşitliğin sağlanabilmesi bakımından Anayasa'nın 140. maddesinde yer alan yargıç ve savcılık mesleğinin yanında avukatlık mesleğine yer verilmelidir. Anayasa değişikliğinde yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi tam olarak sağlanmalı ve yargıçlık ve savcılık mesleğinin anayasal unsur olmasına karşın avukatın yalnızca yasal unsur olarak belirlenmesi şeklindeki eşitsiz uygulamaya son verilerek barolar ve avukatlık mesleği yargı bölümüne alınmalıdır.

4. Ülke topraklarının yabancılara satışı kabul edilemez. Anayasa Mahkemesi yabancılara toprak satışına ilişkin yasal düzenlemeyi "*toprağın, devletin kurucu unsuru olması*" gerekçesiyle, 1986 yılında iptal etmiştir. Bu karar ortada dururken 19 Temmuz 2003 tarihinde Köy Kanunu ve Tapu Kanunu'nda yapılan değişikliklerle buna olanak sağlanmış ve yasama organı Anayasa Mahkemesi kararını uygulanamaz hale getirmiştir. Oysa Anayasamıza göre; "*yasama ve yürütme organları ve idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar, mahkeme kararlarını hiçbir şekilde değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*".

Avrupa Birliği'ne yeni giren ülkelerin toprak satışına gösterdiği titizliği maalesef Türkiye'nin göstermediği görülmektedir.

Bu nedenlerle, siyasal iktidarı yargı kararını hiçe sayan tutum ve davranışlardan kaçınmaya ve bu yasal değişiklikleri eski haline getirilmeye davet ediyoruz.

5. Yine Avrupa ülkelerinde olduğu gibi ülkemizde de yargıç ve savcı olabilmek için öncelikle beş yıl süreyle avukat olarak görev yapmanın yasal ön koşul haline getirilmesi sağlanmalıdır.

6. Hak ve adalet uğrunda mücadele eden Avukatların, sağlık sigortalarının ve emekliliklerinde, yaşam düzeylerine uygun emeklilik olanaklarının bulunmaması nedeniyle yargıç ve savcılarla eşitlik sağlayacak yeni bir yasal düzenleme yapılarak, bir kurumsal yapı oluşturulmalıdır.

7. Kamu hukuku alanında, temel yasa niteliği taşıyan CMUK'un değiştirilmesine ilişkin tasarının komisyonda görüşülmesinde, çok önemsemiş olduğumuz Adli Kolluğun yer almasını istiyoruz. Bunu, sorgulamada fena muamele ve işkence iddialarının ortadan kaldırılmasının ön koşulu olarak görüyoruz.

28.11.2004

YIRTIŁAN METİN

İNSAN HAKLARI DANIŞMA KURULU BAŞKANI PROF. DR. İBRAHİM KABOĞLU'NUN BASIN TOPLANTISI VE KAMUOYUNA AÇIKLAMASI,

Tarih: 1.11.2004,

Yer: Başbakanlık Ek Binası

Konu: Azınlık Hakları ve Kültürel Haklar Çalışma Grubu Raporu

Değerli basın ve yayın mensupları,
Konuya bir hatırlatma ile başlanarak raporun içeriği üzerinde durulacak.

I. Hatırlatma

Adı geçen rapor nedeniyle kamuoyunda yapılan tartışmalar, İnsan Hakları

Danışma Kurulu'na (İHDK) yöneltilen gerçek dışı, haksız eleştiri ve suçlamalar karşısında, İHDK Başkanlık Divanı, 22.10.2004 günü düzenlediği basın toplantısı ile yetinmeksizin, kamuoyuna bir de yazılı açıklama yaptı.

Söz konusu basın toplantısı ve açıklamada, kısaca, İHDK Yasası ve Yönetmeliği'nin ilgili hükümleri doğrultusunda oluşturulan komisyonlar ve alt-komiteler yoluyla gerçekleştirilen çalışmalar yanında; 1.10.2004 günlü Genel Kurul toplantısı ve alınan kararlar hakkında bilgi verildi. Aynı gün, Azınlık Hakları ve Kültürel Haklar Çalışma Grubu Raporu, İnsan Haklarından Sorumlu Başbakan Yardımcısı'na resmi bir yazıyla gönderildi.

Kamuoyunu yanıltıcı ve konuyu saptırıcı açıklamaların sürmesi üzerine, 25.10.2004 günü yazılı bir açıklama yapıldı. Üç gün arayla yapılan iki açıklamanın ortak paydası şudur: İHDK, yasayla oluşturulmuş bir kuruldur. Görev alanı ve çalışma tarzı, ilgili mevzuatta belirlenmiştir. Mevzuat, sadece Kurul'u değil, aynı zamanda onun sekreteryası hizmetini yürüten ilgili idari birimleri ve Kurul'un muhatabı olan siyasal otoriteleri de bağlamaktadır.

Basın toplantısında üzerinde durulacak konu, Azınlık Hakları ve Kültürel Haklar Çalışma Grubu Raporu olacaktır. Rapor, hazırlanma tarzı, içeriği ve sonuçları açısından ele alınabilir. Burada daha çok, içerik üzerinde durulacaktır. Çünkü, hazırlanma tarzı, kamuoyuna defalarca açıklandı. Sonuçları ise, siyasal organların takdiriyle ilgilidir. Esasen açıklama gerektiren raporun içeriğidir. Öyle anlaşılıyor ki, bu konuda yazarların çoğu raporu okumamış; konuşanlar ise, yapılan açıklamaları dinlememiş bulunuyor. Böyle bir "dezenformasyon" ortamında, kamuoyunun yanlış yönlendirilmesi kaçınılmazdır.

Usul konusunda şu kısa açıklamayla yetinilecek: 2003 yılından bu yana İHDK'nın gündeminde bulunan adı geçen rapor, 1.10.2004 toplantısının da ikinci gündem maddesi idi. Eylül ayında bütün üyelere duyurulan gündem, Başbakan Yardımcısı Abdullah Gül'e de iletilti; kendisi aynı zamanda toplantıya davet edildi. Rapor, öğleden sonraki oturumun tek gündem maddesini oluşturdu. Karşıt görüşler ve uzlaştırıcı açıklamalar dile getirildi. Toplantı saati (10.00-18.00) sona ermeden, Alt-Komite Başkanı Prof. Oran'a, dile getirilen önerileri de göz önüne alarak son bir revizyon yapması yönünde ahlaki bir ödev yüklenerek, rapor oylandı ve kabul edildi. Karşıt görüşe sahip olanlar dahil, hiçbir üye, karar alma usûlüne itiraz etmedi. Toplantıyı izleyen günlerde, Kurul Başkan Prof. Kaboğlu'nun da tavsiyelerini de dikkate alarak, Prof. Oran, raporuna son şeklini verdi.

II. Raporun İçeriği

Rapor özeti: *"Dünyada azınlık kavramı ve tanımı", "Türkiye'de azınlık kavramı, tanımı, kültürel haklar", "Türkiye'de ilgili mevzuat ve uygulama", "Türkiye'de ilgili mahkeme içtihatları", "Türkiye'de ilgili durumun temelleri"* olmak üzere, toplam beş başlıktan oluşan Rapor'un sonuç kısmı, önerilere ayrılmış bulunuyor.

"Türkiye 'de azınlık kavramı, tanımı, kültürel haklar" başlığı altında, Lozan Antlaşması'nın, azınlık kavramını belirleyen üç ölçütten sadece dinsel ölçütü temel olarak gayrimüslim yurttaşları azınlık olarak tanıdığı saptaması yapıldıktan sonra, bu konudaki sıkıntılar, iki noktada özetlenmektedir: Türkiye'nin uluslararası sözleşmelere koyduğu çekinceler ve Lozan'ı gerektiği gibi uygulamaması.

Gayrimüslim kavramına sadece Rum, Musevi ve Ermenilerin sokulduğu, örneğin Süryaniler bunun dışında tutulduğu için, Lozan'ın azınlıkları koruyan hükümleri, sınırlı uygulanmaktadır. Sonra, Lozan'ın, resmi daireler dışında, *"bütün TC yurttaşları"*na tanıdığı anadillerini kullanma olanağıyla (md. 39/4) bağdaşmayan uygulamalar eleştirilmektedir. Burada, azınlık statüsü değil, dil ölçütü esas alınarak kültürel hakların kullanımı söz konusudur.

"Türkiye'de ilgili mevzuat ve uygulama", hem tanınmış olan azınlıklar, hem de kültürel haklar yönünden kısıtlayıcıdır. Burada dil-resmi dil ilişkisi ve millet kavramının alt kimlikleri reddeder biçimde yorumu sorgulanmaktadır. Mevzuatta yer alan *"azınlık yaratma"*ya ilişkin hükümler ve gayrimüslüm vatandaşların yabancı muamelesi görmesine ilişkin uygulamalar da eleştirilmektedir.

Rapor'da, *"Türkiye'de ilgili durumun temelleri"* üzerinde de durulmaktadır. *"Türk"* sözcüğünün çoğu zaman etnik temele dayandırılması nedeniyle ortaya çıkan kimlikler çatışmasına dikkat çekilmektedir. Buna karşılık, *"Türkiyelilik"* üst kimliği, çatışmayı önleyebilecek kavram olarak önerilmektedir. Rapora göre, böyle bir kimliği tanımayı kolaylaştıran tarihsel malzemelerimiz de mevcuttur. Konuya tarihsel ve siyasal açıdan bakıldığında, kültürel hak talepleri ile ülke bütünlüğünün zedelenmesi arasında kurulan doğrudan bağ, çoğu zaman *"Sevr korkusu"* temelinde tepkilere yol açabilmektedir. Böyle bir korkuya gerek yoktur. Zira, AB'ye hazırlık, Türkiye'deki azınlık hakları ve kültürel haklar konusunu olumlu bir sürece sokmuştur. Bunun için, Atatürk'ün *"muasır medeniyet"* tezi doğrultusunda, 2000'ler Türkiye'si'ne yaraşır düzenle-

meler yapmak gerekir. Anayasa başta olmak üzere, sadece kültürel haklara ilişkin olanlar değil, genel olarak hak ve özgürlüklere ilişkin yasalar yeniden yazılmalıdır.

Rapor'un özü ve değerlendirilmesi: Bu kısa özetinden sonra, Rapor'un özü nedir, sorusuna şu yanıt verilebilir: Rapor üç eksene dayanmaktadır: (1) eşitlik ilkesinin uygulanması ve ayrımcılık yapılmaması; (2) genel olarak hak ve özgürlüklerin genişletilmesi; (3) kültürel hakların mevzuat ve uygulama bakımından ilerletilmesi.

Rapor'a, dil, millet ve Türkiyelilik kimliği ekseninde eleştiriler yöneltilmiş ve Anayasa'nın değişmez hükümleri, ulus-devlet ve üniter devlet açılarından Rapor'un sakıncaları gündeme getirilmiştir. Söz konusu görüşler ne derecede geçerlidir?

1. Dil-resmi dil ifadeleri: 1961 Anayasası'nın "*Resmi dil Türkçe'dir*" hükmü (m. 3/2), 1982 Anayasası'na metnine, kenar başlıkta "*Resmi dili*" deyimini muhafaza edildiği halde, "*dili Türkçe'dir*" şeklinde geçmiştir (m. 3/1). Maddenin "*resmi dil*" olarak değiştirilmesinin olumlu yanları üzerinde durmayıp, konuya teknik açıdan bakmakta yarar var. Anayasa'nın ilk üç maddesi değiştirilemez. Buna karşılık, bu yasağın olumlu yönde gerçekleştirilecek değişiklikler açısından savunulması zordur. Gerçekten, devlet ve insan hakları arasındaki ilişki bakımından, 1961 Anayasası "*insan haklarına dayanan*" deyimini kullandığı halde, 1982 Anayasası'nda "*insan haklarına saygılı*" deyimini tercih edilmiştir. Anayasa'da 2001 yılında yapılan değişiklikte ise, 1961'e benzer biçimde, "*insan haklarına dayanan*" Cumhuriyet kavramına dönülmüştür (m. 14). Hak ve özgürlükler için daha güvenceli olan böyle bir düzenlemenin

ikinci madde açısından da yapılması, pekala hukuk devletini güçlendirici bir Anayasa değişikliği anlamını taşır. Konumuz bakımından, adı geçen fıkraya "*resmi*" sıfatının eklenmesi, Türkçe'nin Cumhuriyet dili olarak güçlenmesi, buna karşılık diğer dillerin yasaklanmaması bakımından olumludur. Ama bunun tersi düşünüldüğünde, yani 1982 metninde 1961 Anayasası'ndaki "*resmi*" sıfatı yer alsaydı, bunun Anayasa'dan ayıklanmasını önermek mümkün olmazdı.

2. Ulus-devlet açısından: Rapor'a göre, 3. maddedeki "*millet*" sözcüğü, kültürel alt kimlikleri reddeder biçimde yorumlandığından, bu konuda da yeni bir düzenleme yapmak gerekir. Gerçekten, 1982 Anayasası, millet kavramının siyasal ve kültürel öğeleri arasında ayırım yapılmaksızın yorumlandı ve uygulandı. Bu açıdan, ya bu maddenin yeniden düzenlenmesi ya da diğer maddelerde yer alan ve millet kavramını tek bir etnik kökene indirgeyen deyimlerden Anayasa'nın arındırılması söz konusudur. Böyle bir düzenleme, ulus-devletle çatışır mı? Önce ulus-devleti tanımlayalım. Yasama, yürütme ve yargı erklerinin ulusal bir merkezde toplanmasını ifade eden ulus-devlet, siyasal karar alma sürecine bütün ergin yurttaşların eşit koşullarda ve ilke olarak seçimle katılımını gerekli kılar. Bu bağlamda, ulusun bölünmezliği, siyasal yönüyle geçerli bir kavramdır, kültürel bakımdan değil; çünkü bölünmezlik, kültürel çoğulculuğu kapsamına alır. Bu bakımdan, örneğin % 10'luk ulusal baraj, ulusun bölünmezliği ilkesini zedeler. Buna karşılık, farklı kimlikleri bir arada barındırmaya olanak tanıyan düzenlemeler, ulusal bütünlüğü güçlendirir. AB Anayasası'na göre, "*Birlik, kültür, din, dil ve dil çeşitliliğine saygı gösterecektir*" (m. 11-22). Bizde

yapılan bir Anayasa çalışmasına göre, *"herkes kültürel, dinsel ve dilsel değerlere ve çeşitliliğe saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir"* (TC Anayasa Önerisi, md. 81, TBB Yayınları, 2001). Kısacası, ulus-devlet, yukarıda verilen tanım öğelerini zedelememek kaydıyla farklı düzenlemelere açık bir kavramdır.

3. Üniter devlet açısından; *"Türkiyelilik"* kavramının üniter devleti zedeleyeceği iddiası da geçersizdir. Çünkü, üniter devlet, ülke bütününde tek ve aynı hukuk sisteminin geçerli olması ve normatif yetkilerin merkezde toplanmasını ifade eder. Hemen belirtelim ki, Avrupa uygulamasında -bölgesel örgütlenmeyi de kapsamına alan- yerel yönetimleri güçlendirme yönünde tanık olunan eğilimler, üniter devleti zedelememekte; tam tersine, katılımcı demokrasinin yaygınlaştırılması için özendirilmektedir. Kaldı ki, üst kimlik olarak *"Türkiyelilik"* kavramının, ülke bütünü üzerinde uygulanabilir tek bir hukuk sisteminin mevcudiyetini zedelemesi bir yana, farklılıkları birleştirici yönü ağır basmaktadır. Kuşkusuz, hukuki düzenlemeler farklılaşabilir. Örneğin, *"Devlete yurttaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türkiye Cumhuriyeti yurttaşdır"* (TC Anayasa Önerisi, md. 37/1) şeklindeki öneride yer alan *"Türkiye Cumhuriyeti"* deyimini, *"Türkiyelilik"* kavramını karşılayabilir. Zaten Cumhuriyet'in başından beri, hatta öncesinde bile, hep *"Türkiye"* kullanıldı; Türkiye Devleti, Türkiye ahalisi gibi.

Rapor'un Yankıları üzerine: Azınlık Hakları ve Kültürel Haklar Çalışma Grubu Raporu, usul ve içerik açısından bu şekilde değerlendirildikten sonra, Rapor'un yol açtığı tepkiler üzerine şu gözlemler yapılabilir: Rapor, İHDK'nun bir kısım üyelerinden tepki almıştır. Rapor, medya ve toplumdan tepki almış-

tır. Rapor, siyasal iktidar çevrelerinden tepki almıştır. İHDK Başkanlık Divanı olarak, Rapor'u destekleyenlere ve Rapor'u eleştirenlere teşekkür borcumuz vardır. Rapor vesilesiyle Rapor'u hazırlayanlara ve kabul edenlere yönelik hakaret, sövme ve küfür niteliğindeki -hainlik suçlamalarından kan dökme-ye kadar varan- suçlamalar, kuşkusuz bağımsız yargı organlarınca karara bağlanacaktır. İHDK olarak, bunlara yanıt vermemiz söz konusu değildir. Çünkü, insan hakları savunuculuğu, karşılıklı saygı temel ilkesine dayanır. Ancak, tanık olunan bütün olumsuzluklar, Türkiye'de, *"dikkat, dinleme ve farklı önerileri anlama"* ekseninde, insan haklarının henüz içselleştirilemediğini göstermektedir. Gerçekten, farklı görüşleri dillendirmek bu kadar zor olduğuna göre, farklı olanların haklarını kullanmalarının ne derecede güç olduğu kolayca anlaşılabilir.

Demokrasi açısından şu söylenebilir; Demokrasi, korku üzerine değil, ancak güven üzerine inşa edilebilir. Türkiye'nin son on yıldır gerçekleştirdiği reformlar hedefinde, aslında İHDK Azınlık Hakları ve Kültürel Haklar Çalışma Grubu Raporu, AB Komisyonu Raporu ile paralellik göstermektedir. Bir farkla; AB Komisyonu Raporu, azınlıklara vurgu yapmakta, İHDK Raporu ise, kültürel haklara vurgu yapmaktadır. Başka bir söyleyişle, Rapor'un yarattığı tepki göz önüne alındığında, Avrupa Raporu, İHDK Raporu'ndan daha rahatsız edici ifadeler içermektedir. Buna karşılık, özellikle siyasal otoritelerin her iki Rapor karşısında birbirine zıt düşen iki farklı tutum sergilemeleri, reform sürecinde iç dinamikler ve dış dinamikler arasındaki ayrışmayı, bir kez daha su yüzüne çıkarmıştır. İHDK'nın AB adaylık sürecinde oluşturulduğu gözardı edilmiştir. İHDK'nın bağı oldu-

đu Başbakan Yardımcısı konuya ilişkin çelişkili beyanlarda bulunmuştur. AB raporunun övülmesi, İHDK raporunun itilmesi, demokratik reformların sindirilerek değil, Avrupa zoruyla yapıldığım ortaya koyması bakımından hazindir. Sorumsuzca beyanlarla, gönüllü görev yapan onlarca uzmanın, meslek mensubunun ve STÖ temsilcisinin emeği aşağılanmıştır. İHDK'nın muhatabı olan resmi makamların Rapor'un şekli

değil, içeriği üzerinde değerlendirme yapmaları beklenirdi. Yürütme organı yasaları uygulamak için mevcuttur.

Son söz olarak, işkence için “sıfır tolerans” sloganının kullanıldığı toplumumuzda, fikir ve tartışma özgürlüğünün “sıfırlanmaması” temenni edilirdi.

Bu toplantının, İHDK Raporu'nu fikri tartışma zeminine çekmesini diliyorum, hepimize teşekkür ediyorum.